



Roj: **STSJ ICAN 1880/2023 - ECLI:ES:Tsjican:2023:1880**

Id Cendoj: **38038340012023100425**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2023**

Nº de Recurso: **946/2022**

Nº de Resolución: **527/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARMEN MARIA RODRIGUEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.:

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000946/2022

NIG: 3803844420210008051

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000527/2023

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000986/2021-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS S.L.; Abogado: MONICA DE LA PAZ LOPEZ

Recurrido: Fabio ; Abogado: LORENA DIAZ ACOSTA

?

En Santa Cruz de Tenerife, a 21 de junio de 2023.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL, D./Dña. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO y D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000946/2022, interpuesto por D./Dña. ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS S.L., frente a Sentencia 000242/2022 del Juzgado de lo Social Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife los Autos Nº 0000986/2021-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO.

?

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Fabio , en reclamación de Despido siendo demandado/a D./Dña. ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS S.L. y celebrado juicio y dictada Sentencia ?estimatoria, el día 27 de junio de 2022, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO. - DON Fabio ha venido prestando servicios para la empresa ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS, SL, desde el 30/09/2020, en virtud de un contrato de trabajo indefinido, a tiempo completo, con la categoría profesional de Área 2 grupo profesional E, y salario mensual prorrateado de 1.219,03 euros brutos, (consta del contrato de trabajo aportado por ambas partes y nóminas que aporta la demandada, según media).

SEGUNDO. - En el contrato de trabajo indefinido, suscrito entre trabajador y la empresa, consta que el centro de trabajo esta ubicado en CL Subida al Mayorazgo, 24B 1ºP 3 38110 Santa Cruz de Tenerife, (resulta del contrato de trabajo aportado por el demandante obrante a los documentos 7 a 9, de autos, que también aporta la parte demandada).

TERCERO. - Consecuencia de la pandemia, y la promulgación del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, y Real Decreto 28/2020, de 22 de septiembre, se impuso de forma obligatoria, el teletrabajo para empresarios y trabajadores, pasando el actor a prestar servicios teletrabajando desde su domicilio, comunicándose con la empresa a través de correo electrónico, (declaración de la testigo Doña Melisa)

CUARTO. - Por correo electrónico de fecha 24 de septiembre de 2021, la empresa a través de la superior del actor Doña Noelia , comunica al demandante y otros trabajadores que también teletrabajaban, la vuelta a las oficinas de Atos, por grupos y días, correspondiendo reincorporarse al actor el día 27 de septiembre de 2021, lo que reitera por el igual medio de comunicación al grupo que debía reintegrarse el día 27 de septiembre, (resulta de la declaración de la testigo Doña Melisa y de los documentos obrantes a los folios 99, 101 de autos).

QUINTO. - El día 27 de septiembre el actor no se presenta en las oficinas de su empleadora, lo que es comunicado por su superior Doña Noelia a la responsable de RR. HH Dola Melisa , (declaración de la testigo y folio 104 de autos).

SEXTO. - El 24 de septiembre de 2021, Doña Noelia se comunica con el actor, mediante correo electrónico, solicitando informara porque no había acudido a trabajar y comunicándole que le iba a poner una ausencia injustificada por el momento hasta conocer lo que pasaba. Lo que pone en conocimiento de RR.HH. el mismo día (folios 107 y 109 de autos)

SÉPTIMO. - El 28 de septiembre de 2021, Doña Noelia pone otro correo electrónico al actor, indicando que era el 3 día que no iba a trabajar, no dando noticias, ni contestado a los mensajes ni llamadas, informándole que procedía a comunicar tal hecho al jefe y a RRHH, informándole de las medidas que se podrían tomar, (folio 111 de autos)

OCTAVO. - El 30 de septiembre de 2021 se dirige al demandante otro correo comunicándole que son 5 días que no se había presentado al trabajo, ni contestados mensajes, ni a las llamadas telefónicas, por lo que se le pone otra ausencia injustificada avisando a RRHH que sigue sin dar noticias, (folio 113 de autos)

NOVENO. - El 30 de septiembre de 2021, por medio de burofax, la demandada envía al actor carta del siguiente tenor literal: "Por medio de la presente comunicamos vía Burofax, la Dirección de esta Empresa le comunica que los hechos cometidos por Ud. Y que a continuación pasamos a detallar, evidencian su voluntad unilateral de extinguir su contrato de trabajo, tal y como a continuación le referimos: En concreto, usted no se ha presentado en su puesto de trabajo los días 24, 27, 28, 29 y hoy 30 de septiembre del corriente año y hasta la presente fecha sin previo aviso y justificación. La empresa no ha recibido de su parte justificativo por sus ausencias. Recursos Humanos de la compañía tuvo que enviarle un burofax el pasado 28 de septiembre de 2021, con cuse de faltas repetidas e injustificadas, para que Ud. Procediera a justificar a la empresa los motivos por los cuales se había ausentado a su puesto de trabajo sin notificarlo previamente, e informándole desde nuestra parte de estos hechos, por si usted no hubiera sido conocedor de ellos, para que se presentara en nuestra oficina, otorgándole un plazo de 24 horas con el fin de que pusiese en conocimiento de la Dirección de esta Empresa las razones, motivos y/o justificación de sus ausencias a su puesto de trabajo. Como Ud. Perfectamente conoce, en el marco de sus deberes laborales más básicos, Ud. tiene la obligación esencial de cumplir con las obligaciones correspondientes a su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, debiendo acudir puntualmente a su puesto de trabajo y respetar en todo momento su horario y jornada laboral, y, en su caso, comunicar a la Empresa o a sus superiores jerárquicos las ausencias



y/o retrasos que se vayan a producir, así como, en caso de producirse, justificar debidamente las mismas a través de medio documental fehaciente, pues lo contrario dificulta seriamente la organización no solamente del trabajo, sino también la de sus compañeros dentro del equipo que se ven obligados a realizar las tareas que Ud. Deja desatendidas. 3 Los intentos de contactar con usted por tfno. Correo o burofax son infructuosos y sigue sin acudir a la empresa ni justificar sus ausencias. Ante las reiteradas e injustificadas faltas de asistencia los días 24, 27, 28, 29 y 30 de septiembre, es decir, durante cinco días hábiles y debidamente comunicadas por la empresa, y habiendo utilizado la empresa distintas vías para intentar contactar con Usted para que justifique las ausencias sin éxito, es evidente que existe por su parte una clara, inequívoca y terminante voluntad de dar por extinguida y finalizada la relación laboral que el vincula con ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER. Por todo ello, y con los fundamentos antes mencionados, la relación laboral que unía a las partes queda extinguida a fecha de hoy 30 de septiembre de 2021, procediéndose a su inmediata baja en la Seguridad Social a todos los efectos. Asimismo, le comunicamos que tiene a su disposición en las oficinas de la empresa la correspondiente liquidación de saltos y haberes, pudiendo recogerla cuando lo estime oportuno en horario de oficina, contactando con el correo de DIRECCION000 " (reproduce del documento obrante a los folios 85 y 89 de autos)

DÉCIMO. - Con anterioridad, la demandada había remitido al trabajador por burofax, requerimiento para que el plazo de 24 horas justificara por escrito las ausencias de los días 24, 27 y 28 de septiembre, tomando las medidas que estimara oportunas en caso contrario, (folios 80 a 82 de autos).

UNDÉCIMO. - El 30/09/2021, la demandada cursa la baja del trabajador en la seguridad social, por baja voluntaria, (folios 96 y 136 de autos).

DUODÉCIMO. - El 4 de octubre de 2019, el demandante hace del material que la empresa puso a su disposición para teletrabajar, (folio 128 de autos).

DECIMOTERCERO. - El actor presentó papeleta de conciliación ante el SEMAC el 28/10/2021, celebrándose la comparecencia sin avenencia el 29/11/2021, (folio 10 de autos).

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Que estimando la demanda de impugnación de despido formulada por DON Fabio frente a la empresa ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS, SL, debo declarar y declaro que el despido impugnado con efectos del día 30/09/2021 es improcedente. Asimismo debo CONDENAR Y CONDENO a la empresa demandada, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia y sin esperar a su firmeza, opte, poniéndolo en conocimiento de este Juzgado, entre indemnizar a la demandante en la cantidad de 1.322,64 euros, teniéndose por extinguida la relación laboral a la fecha del despido sin abono de salarios de tramitación? o bien por la readmisión, con abono de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, a razón de 40,08 euros diarios, desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que las demandantes hubieren encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probase por la 7 parte demandada lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De optarse por la readmisión la demandada deberá comunicar a la parte actora dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito, siendo de cargo de la empresa condenada el abono de los salarios desde la notificación de la sentencia hasta la efectiva readmisión, salvo que ésta no se produzca por causa imputable a la parte trabajadora.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS S.L., y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 13 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el juzgado de lo social nº 8 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos de despido 986/2021, se dicto sentencia en fecha 27 de junio de 2022, por la que se estima la demanda de despido interpuesta por don Fabio frente a ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS SL., declarando el despido improcedente.

ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS SL., formula recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia; al amparo de la letra A) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denunciando la infracción de los dispuesto en los artículos 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 24 de la Constitución Española, en relación a lo dispuesto en el artículo 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de Julio, del Poder Judicial. Al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para modificar el hecho probado décimo, adicionar un hecho probado decimocuarto y uno decimoquinto. Y al amparo de la letra c) del artículo



193 de la LRJS, invoca la vulneración de lo dispuesto en los artículos 49.1.d, 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia aplicable.

Solicita se dicte sentencia, estimando el recurso, se declare la nulidad de las actuaciones en los términos indicados en el escrito, subsidiariamente, estimando los motivos segundo, tercero y cuarto, acoja las revisiones de hechos probados postulados y subsidiariamente, al motivo primero; dice sentencia por la que, estimando el motivo quinto del recurso, revoque el fallo de instancia y absuelva a su representada de todos los pedimentos formulados en su contra, al no existir en este caso un despido sino una dimisión voluntaria del trabajador.

SEGUNDO.- Motivo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Nulidad.- El artículo 202 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social refiere: Efectos de la estimación del recurso

1. Cuando la revocación de la resolución de instancia se funde en la infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 193, la Sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, y si ésta se hubiera producido en el acto del juicio, al momento de su señalamiento.

2. Si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal.

3. De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 193, la Sala resolverá lo que corresponda, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes.

Para el primer motivo planteado, se debe recordar que es criterio reiterado de las diversas salas de suplicación que la declaración de nulidad de actuaciones es un remedio excepcional, que ha de aplicarse con criterio restrictivo, pues una interpretación amplia de la posibilidad de anulación podría incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. A este respecto, no solamente es la celeridad uno de los principios orientadores de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del proceso laboral ordinario (artículo 74.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) sino que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social aumenta considerablemente las posibilidades de la sala de suplicación de examinar el fondo del asunto, tanto por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 202.2) como por no haber entrado la resolución de instancia en el fondo al haber apreciado alguna circunstancia obstativa, como puede ser una excepción procesal (artículo 202.3), siempre que el relato de hechos probados de la sentencia y demás antecedentes no cuestionados sean suficientes para realizar tal pronunciamiento sobre el fondo. Por ello, en la actual regulación, del cotejo del artículo 193.a) y 202 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solamente procederá la nulidad de la sentencia o de las actuaciones cuando concurren los siguientes requisitos:

- A) Que se haya producido vulneración de una norma o garantía esencial en la regulación del proceso.
- B) Que se haya formulado protesta, si el momento procesal en el que se produjo la irregularidad procesal lo permitía.
- C) Que produzca indefensión, que en principio ha de perjudicar a la parte recurrente en suplicación.
- D) Que por el tipo de infracción procedimental la sala no pueda entrar a resolver sobre el fondo, por determinar una insuficiencia de los hechos probados de la sentencia o de los antecedentes necesarios para poder realizar ese pronunciamiento de fondo.

Como declara la jurisprudencia (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 31-3-99), "la incongruencia, como requisito emanado del principio dispositivo, según afirma nuestra sentencia de 1 de octubre de 1998, implica una adecuada relación entre pretensión y parte dispositiva de la sentencia, prohibiendo que se otorgue más de lo pedido por el demandante, menos de lo resistido por el demandado o cosa distinta a lo solicitado por ambas partes. Como reiteradamente ha mantenido esta Sala y el Tribunal Constitucional, el vicio de incongruencia, en su significado de desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan



sus pretensiones, entraña una vulneración del principio de contradicción, y provoca una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, en cuanto este modo de actuar judicial sustrae a las partes su verdadero debate contradictorio y conduce al pronunciamiento de un fallo no adecuado o ajustado a las reciprocas pretensiones de las mismas." Según la sentencia del TC 146/08, "(...) el juicio sobre la congruencia de una resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum (entre las más recientes, SSTC 167/2007, de 18 de julio, FJ 2 ; y 216/2007, de 8 de octubre , FJ 2)."

Es pacífica la distinción entre las diversas clases de incongruencia, la omisiva, cuando se omite el pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones, la ultra petita , cuando se concede más de lo solicitado, la extra petita , cuando se otorga algo distinto a lo solicitado variando el objeto del debate, o la infra petita , cuando se otorga menos de lo que el demandado ha reconocido. Además se ha reconocido el concepto de incongruencia por error, que consiste en la acumulación de la incongruencia omisiva y la incongruencia extra petita . Como declara la STC 264/05 , en la llamada incongruencia por error se trata de supuestos en los que, "por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, F. 2; 124/2000, de 16 de mayo, F. 3 ; 182/2000, de 10 de julio, F. 3 ; 213/2000, de 18 de septiembre, F. 3 ; 211/2003, de 1 de diciembre, F. 4 ; 8/2004, de 9 de febrero , F. 4)" . En parecidos términos se pronuncian las STC 41/07 y 56/07 .

Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium. Son muy numerosas las decisiones del TC en las que ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado, de la que pueden extraerse cuatro tipos distintos de incongruencia:

a) Incongruencia interna , esto es, cuando se aprecie una clara contradicción entre los fundamentos de derecho y el fallo.

b) Incongruencia omisiva, o ex silentio , que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

Incongruencia "ultra petitum", cuando se concede más de lo pedido por el demandante. Incongruencia "extra petitum", -que es la invocada en este motivo de recurso por el FOGASA-, y que se produce cuando se resuelve sobre cuestiones distintas y ajenas a lo solicitado por las partes, esto es, cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. En este sentido ha de recordarse no obstante, que el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

La parte es su motivo de nulidad, no argumenta que la sentencia no se pronuncie sobre alguna pretensión o cuestión jurídica formulada, sino que la sentencia no recoge en hechos probados los actos anteriores y posteriores al supuesto despido llevados a cabo por el trabajador y sobre los que practicó prueba, sobre todo testifical.

Lo que sostiene la parte no es un motivo de incongruencia ni de nulidad, por cuanto la sentencia resuelve todos las pretensiones y cuestiones jurídicas, y no incurre en ningún tipo de incongruencia. Lo que muestra disconformidad la parte es con los hechos probados, que deben ser atacados por el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y no por el a). Y debe recordarse a la parte que la valoración que



hace la instancia de la prueba testifical no puede revisarse en suplicación, por ser de exclusiva competencia de la instancia, que practica la prueba con intermediación, de tal manera que no puede indirectamente, por vía de nulidad, pretender que la Sala valore esa prueba, y obligue a la instancia, a consignar hechos manifestados por los testigos, que no ha considerado probados.

TERCERO.- Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Como con reiteración viene señalando esta Sala, los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren los siguientes requisitos:

- A) De carácter sustantivo:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1991, 10 de mayo, 16 de diciembre de 1993, o 10 de marzo de 1994). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverbados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

- B) De carácter formal:

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.

3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001).

4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

Solicita la parte recurrente las siguientes revisiones fácticas:

1.- Se de la siguiente redacción al hecho probado décimo:



En fecha 28 de septiembre de 2021, la demandada había remitido al trabajador por burofax, requerimiento para que en el plazo de 24 horas justificara por escrito las ausencias de los días 24, 27 y 28 de septiembre, tomando las medidas que estimara oportunas en caso contrario.

Cita para su apoyo los folios 80 a 82.

La revisión debe ser acogida, en cuanto la fecha resulta de los documentos citados y no contradice la valoración que hace la instancia de los documentos, sino que la aclara.

2.- Adición de un hecho probado decimocuarto:

El trabajador no prestó servicios desde el día 24 de septiembre de 2021, no acudiendo al trabajo los días 24, 27, 28, 29 y 30 de septiembre de 2021 ni respondiendo a los requerimientos realizados por la misma en cada uno de esos días a fin de que justificara el motivo de sus ausencias.

Basa tal revisión en los folios 107 a 113 de autos, que son los correos electrónicos que dice que la empresa remitió al trabajador, sin obtener respuesta.

La revisión no puede tener favorable acogida.

Los correos electrónicos ya constan en los hechos probados, sexto a octavo, y lo que pretende la parte no es incluir su contenido objetivo, sino conclusiones que extrae de los mismos y que en su caso, debe hacer en sede de censura jurídica y no de revisión fáctica.

3.- adición de un hecho probado decimoquinto con el siguiente contenido: El trabajador no se comunicó con la Empresa desde el día 24 de septiembre hasta el día 4 de octubre, fecha en la que devuelve la Empresa el material que se puso a su disposición para teletrabajar.

Basa tal revisión en los folios 82, 107 a 113 y 128. Nuevamente lo que pretende es introducir una conclusión de parte, en cuanto el contenido objetivo de los documentos que cita ya consta en los hechos probados.

CUARTO.- La doctrina del Tribunal Supremo respecto de la dimisión del trabajador como forma de extinguir la relación contractual al amparo del art. 49.1 d) del E.T. señala que para que pueda apreciarse una baja voluntaria, abandono o dimisión es preciso que se produzca una actuación del trabajador que, de manera tácita o expresa, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en ese sentido o una conducta que de modo relevante muestre el elemento intencional de romper la relación laboral. Así se ha dicho que la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador "clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito" que puede ser expresa o tácita.

De la conducta del trabajador consistente en la inasistencia al trabajo puede derivarse de un incumplimiento de su obligación de trabajar, o bien constituir una expresión tácita de dar por terminada la relación laboral mediante su dimisión (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1.988, JUR 5212 y 21 de noviembre de 2.000 , JUR 1427). El régimen jurídico varía sustancialmente según la respuesta, puesto que en el caso de que se trate de un mero incumplimiento laboral éste está sometido al régimen disciplinario previsto convencionalmente; en cambio, en caso de tratarse de una extinción no cabe sanción disciplinaria, ni despido por parte de la empresa en la medida en que ya no existe vínculo contractual.

El Tribunal Supremo ha caracterizado el abandono del puesto de trabajo en su sentencia de 19 de octubre de 2.006 , declarando que: «1º) la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, bastando que "la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral" (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2.000 , que cita la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.990); 2º) así, pues, la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador "clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito", si bien en tal caso la manifestación se ha de hacer por "hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención o alcance" (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1.990);y 3º) en concreto, las conductas de "abandono de trabajo" pueden ser unas veces simple falta de asistencia al trabajo y pueden tener otras un significado extintivo, dependiendo la inclinación por una u otra calificación del "contexto", de la "continuidad" de la ausencia, de las "motivaciones e impulsos que le animan" y de "otras circunstancias" (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2000 , con cita de sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1.988)".

En estos casos, la empresa ha de acreditar el abandono del trabajador (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2.001 , RJ 6840); pudiéndose deducir el abandono de los actos coetáneos y posteriores del mismo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid 28 de abril de 1.998 , AS 5858; Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Murcia 20 de marzo de 2.000 , AS 632). De manera que no puede entenderse que existe



dimisión, cuando del comportamiento de las partes no se puede deducir, sin dudas muy razonables, que fuera voluntad del trabajador dar por concluida la relación laboral (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2.001, JUR 3410 ; 19 de octubre de 2.006 , JUR 7859).

En conclusión declara la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2.001 "La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prolongado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido ; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono (mencionado en la vieja Ley de Contrato de Trabajo de 1944, artículo 81; y tangencialmente en el Estatuto de los Trabajadores , artículo 21.4 a propósito de los pactos de permanencia), materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que, y éste sería el significado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato".

Conforme a esta doctrina la dimisión del actor no puede basarse en indicios y presunciones, sino que debe patentizarse en hechos concluyentes que acrediten su intención de dar por finalizada la relación laboral y rescindir el contrato de trabajo.

En el caso de autos, consta que el actor, que estaba teletrabajando, consecuencia de la pandemia, se le comunica que tiene que regresar a su centro de trabajo a prestar servicios, a partir del día 27 de septiembre, y no acude los días 27, 28 y 29. No responde a los emails que le remiten, y que era el medio normal de comunicación, para justificar, porque no había acudido a su puesto de trabajo. Y no consta que siguiera prestando teletrabajo. De tal manera que lo que consta es que el actor deja de prestar servicios tres días, y se le da de baja en la Seguridad Social el día 30 de septiembre. No es cierto que faltará cuatro días, por cuanto consta en el hecho probado que su reincorporación debía ser el día 27, aunque pudiera haber un "baile" de fechas en los hechos probados, que no ha sido subsanada en el recurso.

El actor deja de prestar servicios, justo cuando tiene que volver al trabajo presencial, y no da explicación alguna de su ausencia, ni antes ni después de recibir la comunicación de la TGSS sobre su baja voluntaria. El email, era el medio normal de comunicación, lógico en una relación laboral en teletrabajo, -hecho probado tercero.- y no ha probado ninguna circunstancia personal, enfermedad, accidente, etc, que le hubiera impedido contestar a esos email o acudir al trabajo.

Ahora bien, lo que se constata en autos, es un abandono de puesto de trabajo durante tres días que pudiera ser objeto del correspondiente despido disciplinario, pero no consta ningún acto del actor, más allá de su voluntad de no prestar trabajo durante tres días, relativa a su dimisión o voluntad de no continuar con la relación laboral.

La sola inasistencia al trabajo durante tres días no es suficiente para presumir o entender la voluntad de dimitir de la relación laboral, y la ley y el convenio arbitra el despido disciplinario ante tal incumplimiento. De tal manera que el empresario en lugar de presuponer una voluntad de dimisión, pudo acudir a su despido disciplinario ante tal incumplimiento en la obligación de trabajar.

El recurso, en consecuencia, debe ser íntegramente desestimado.

QUINTO.- En aplicación de lo dispuesto en los artículos 204 y 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto del depósito efectuado para recurrir y de las costas causadas en el presente recurso. La desestimación del recurso exige decretar la pérdida del depósito y la condena en costas que se fija en 200 euros, atendiendo a la entidad del recurso y de la impugnación.

FALLAMOS

?Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. ATOS GLOBAL DELIVERY CENTER CANARIAS S.L. contra la Sentencia 000242/2022 de 27 de junio de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife sobre Despido, la cual confirmamos íntegramente.?Se condena a la parte recurrente al pago de las costas del presente recurso, consistentes en los honorarios del letrado de la/s parte/s recurrida/s y que se fijan en 200 euros. ?Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, y de las consignaciones efectuadas, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES



Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c ?Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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