



Roj: **STSJ M 6571/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:6571**

Id Cendoj: **28079340042017100406**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **273/2017**

Nº de Resolución: **421/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0025733

Procedimiento Recurso de Suplicación 273/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid 612/2016

Materia : Despido

J.S.

Sentencia número: 421/2017

Ilmas. Sras:

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

En Madrid, a ocho de junio de dos mil diecisiete, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, 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

En el Recurso de Suplicación **273/2017**, formalizado por la Letrada de la COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia de fecha treinta de septiembre de dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid , en sus autos número 612/2016, seguidos a instancia de D^a Almudena frente a la parte recurrente, sobre Despido, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES.



ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

"PRIMERO.- DOÑA Almudena , mayor de edad, con DNI NUM000 ha venido prestado sus servicios como trabajadora por cuenta y orden de la COMUNIDAD DE MADRID, como personal laboral de la Residencia de Mayores de Vallecas, dependiente de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, con las siguientes circunstancias laborales (hecho no controvertido y por tanto no necesitado de prueba, ex art. 87.1 LRJS):

Antigüedad: de 20 de julio de 2007.

Categoría profesional: auxiliar de enfermería.

Salario (a efectos de despido): Cuantía: 1545,93 euros brutos mensuales, incluyendo prorrateadas las pagas extraordinarias.

Lugar de trabajo: Residencia de Mayores de Vallecas Jordana: completo

Modalidad y duración del contrato: interinidad para cobertura de vacante.

SEGUNDO.- Con fecha 25 de noviembre de 2015 DOÑA Almudena pasó a situación de incapacidad temporal (doc. al folio 36 de las actuaciones); permaneciendo en dicha situación hasta que por Resolución de 12 de febrero de 2016 de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid, se denegó la prestación de incapacidad permanente solicitada por DOÑA Almudena , por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente (doc. al folio 35 de las actuaciones).

TERCERO.- Por escrito de 19 de febrero de 2016, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid, comunicó a la Agencia Madrileña de la Comunidad de Madrid, que en relación a la prestación de incapacidad laboral que, desde el 25 de noviembre de 2015 le había sido reconocida a la demandante, quedaba extinguido el abono de la prestación de incapacidad temporal, con efectos del día 12 de febrero de 2016, como consecuencia de la denegación de incapacidad permanente.

CUARTO.- El 24 de febrero de 2016 la demandante, a través de la aplicación móvil Whatsapp, comunicó a doña Marina , Jefa de Área Técnico Asistencia de la Residencia de Mayores (JATA), la denegación de la incapacidad permanente, y tras indicarle la Sra. Marina que debía incorporarse, la demandante manifestó: "no me puedo incorporar", "hacer lo que tengáis que hacer", "lo llevare por lo judicial", "lo siento, no me voy a incorporar", "estoy haciendo acupuntura, pero no puedo seguir de continuo, me agoto" (doc. 10 de la parte demandada, por reproducido íntegramente).

QUINTO.- No habiéndose incorporado la demandante a su puesto de trabajo, en fecha 25 de febrero de 2016 el Director de la Residencia de Mayores y Centro de Día Vallecas, remitió burofax a la demandante requiriéndole a fin de que presentara documentación justificativa de sus ausencias o se incorporara a su puesto de trabajo al día siguiente de la recepción del burofax, indicando que en caso de no hacerle se entendería que renunciaba a su puesto de trabajo -doc. al folio 57, por reproducido-

Dicho burofax fue recibido por la demandante el 29 de febrero de 2016 (al folio 54), no efectuando contestación.

SEXTO.- El 9 de marzo de 2016 doña Marina , se puso en contacto con la demandante, a través de la aplicación Whatsapp, preguntándole si había recurrido o reclamado, indicándole que "convendría que nos dijeras algo si ha sido así. Ya sabes que te arriesgas a un despido", manifestando la demandante que "estoy en trámite con abogados. Me tienen que mandar firmar la carta para la reclamación", "voy hasta el final por la vía judicial, pero primero la reclamación." Y aludiendo a que le habían hecho la revisión de la adecuación de puesto de trabajo (doc. 10 de la parte demandada).

SÉPTIMO.- Por escrito de Director de la Residencia de Mayores y Centro de Día Vallecas de 11 de marzo de 2016 -al folio 53, por reproducido-, se recordó a la demandante que desde el 12 de febrero de 2016 faltaba a su puesto de trabajo, indicando: "está usted incurriendo con su actitud en un presunto abandono del servicio", requiriéndole nuevamente a fin de que presentara documentación justificativa de sus ausencias o se incorporara a su puesto



de trabajo; añadiendo que "en caso de no hacerlo se entenderá que media una dimisión tácita y que renuncia a su puesto de trabajo".

Dicho burofax no fue finalmente entregado a la demandante (doc. al folio 52).

OCTAVO.- El 15 de marzo de 2016, a través de la aplicación Whatsapp, doña Marina comunicó a la demandante que ya estaba el informe de adaptación de puesto de trabajo, que tenía que acudir a firmarlo y llevarse copia (doc. 10 de la demandada).

NOVENO.- DOÑA Almudena remitió correos electrónicos a don Artemio , empleado de la Comunidad de Madrid, los días 17 de marzo de 2016 -al folio 29-, 18 de marzo de 2016 -al folio 31-, 29 de marzo de 2016 -al folio 32-, 30 de marzo de 2016 -al folio 33- y 13 de abril de 2016 -al folio 34-, informando de su situación. Documental que se da por reproducida.

DÉCIMO.- El Gerente de la Agencia Madrileña de Atención Social, por Resolución de 8 de abril de 2016, dio por finalizada la relación laboral de DOÑA Almudena con la Agencia Madrileña de Atención Social, por dimisión tácita de ésta, con efectos de 1 de marzo de 2016; obrando en autos Resolución al folio 51 de las actuaciones que se da por reproducido íntegramente.

Dicha Resolución fue notificada a la demandante el 14 de abril de 2016 (al folio 47).

DECIMOPRIMERO.- DOÑA Almudena no ostentaba en el momento del despido ni ostentó en el año inmediatamente anterior a éste la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

DECIMOSEGUNDO.- El 6 de mayo de 2016 la demandante presentó reclamación previa ante la Agencia Madrileña de Atención Social (doc. al folio 7 de las actuaciones)."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda presentada por DOÑA Almudena , contra la COMUNIDAD DE MADRID y, en consecuencia:

Declaro improcedente el despido con efectos de 1 de marzo de 2016.

Condeno a la COMUNIDAD DE MADRID a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución opte, comunicándoselo a este Juzgado, bien por la readmisión de la demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido y el abono de salarios de tramitación desde el 1 de marzo de 2016 hasta la fecha de notificación de la presente resolución, a razón de 51,53 euros diarios, bien por el abono de indemnización por importe de 17.571,73 euros."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 03/04/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha estimado la demanda, declarando la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo por motivos disciplinarios, adoptado con fecha 1 de marzo de 2016, con las consecuencias legales que tal calificación lleva aparejadas.

Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto por la parte demandada recurso de suplicación en el que, como primer motivo y al amparo del apartado a) - sic b)- del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se interesa la revisión del hecho probado noveno para que se especifique, al final de su texto la manifestación de la demandante.

El motivo resulta innecesario por reiterativo en tanto que dándose por reproducidos los documentos que lo sustentan, nada nuevo está introduciendo la parte en orden a los hechos sobre los que ha de emitirse el pronunciamiento, siendo propio de un motivo de infracción de norma valorar en derecho las circunstancias que expresen esos documentos que refiere el hecho probado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia la infracción del artículo 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores . Según



la recurrente, en el presente caso debe admitirse la existencia de una dimisión de la actora al existir una manifestación tácita cuando no asiste al puesto de trabajo y no deja constancia de razones que justifiquen tal conducta, ni ofreció a la demandada ninguna justificación de incorporarse al trabajo tras serle denegada la invalidez que reclamó.

El motivo debe ser estimado porque la sentencia de instancia ha incurrido en la infracción normativa que se denuncia.

La sentencia recurrida, tras recoger doctrina al respecto, entiende que para apreciar la existencia de una dimisión tácita debe existir una voluntad incontestable en tal sentido por parte del trabajador lo que, a su juicio, no concurre en este caso por la simple inasistencia al trabajo cuando expone a la demanda que no está en condiciones de trabajar por su incapacidad.

La jurisprudencia que cita la sentencia de instancia es clara en orden a los criterios que se han mantenido al respecto y en relación con la dimisión tácita de un trabajador se ha resumido en doctrina más reciente diciendo que " *En efecto, la sentencia de la Sala de fecha 17 de mayo de 2.005 (Rec. 2219/2004), resume así la doctrina al respecto: "1) "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" (STS 21-11-2000, que cita STS 1-10-1990); 2) 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" (STS 10- 12-1990); y 3) 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" (STS 21-11-2000, con cita de STS 3-6-198 8)." (STS de 19 de octubre de 2006, Recurso 3491/2005).*

Con base en esa doctrina, a la hora de enmarcar los hechos en las figuras de la dimisión tácita o en el ámbito del poder disciplinario del empleador, hay que entender que en este caso y según los hechos probados, la demandante, tras haberle sido denegada la invalidez, comunicó a la demandada dicha circunstancia por lo que la empleadora le requirió para que se reincorporara siendo respondido tal requerimiento por la actora con "no puede reincorporarme", "hacer lo que tengáis que hacer", " lo siento, no me voy a reincorporar". Estas expresiones por sí solas son lo suficientemente ilustrativas de que la actora no quería seguir en su actividad laboral. La demandada, no obstante, al siguiente día le requirió para que justificara su falta de reincorporación o se reincorporara inmediatamente indicándole que "en caso de no hacerlo se entendería que renunciaba a su puesto de trabajo" -hecho probado quinto-. Tal comunicación remitía por burofax no fue tan siquiera contestada por la actora. Es más, la demandada vuelve a ponerse en contacto con ella para que le informara de si había ejercitado acciones lo que la actora contestó que estaba en trámites con abogados. Nuevamente, el 11 de marzo se le requiere a la demandante para que justifique sus ausencias insistiéndole en que "en caso de no hacerlo se entenderá que media una dimisión tácita y que renuncia a su puesto de trabajo". Por tanto, nuevamente, estamos ante una clara conducta de la demandante reveladora de su insistente decisión de no acudir al trabajo y, por tanto, de no querer tener ocupación efectiva, haciéndose definidora de su propio derecho.

A partir del 17 de marzo la demandante remite correos informando de su situación a la demandada, pero esa situación no puede desvirtuar la realidad ya manifestada de querer apartarse de la relación laboral. Además, en esas comunicaciones se vuelve a insistir en que no se reincorpora al puesto y que está reclamando en vía administrativa su situación de invalidez lo que, nuevamente, es manifestación de que quiere extinguir el contrato, aunque amparándose en una situación que ya le había sido denegada y que, aunque pudiera estar pendiente de recursos o reclamaciones previas, no le eximía de su obligación de acudir al puesto de trabajo y, desde luego, en ningún momento puso de manifiesto que la voluntad de mantener el puesto de trabajo estaba viva dado que jamás justificó ante la demandada esa imposibilidad de reincorporación a la que estaba obligada. Esto es, no hay circunstancia alguna que permita entender que la actora quisiera mantener su relación laboral cuando se obstina en no acudir al trabajo, a pesar de que la demandada le advierte de que ese proceder lo entenderá como dimisión.

Sobre tal alcance nos hacemos eco de la STS de 19 de octubre de 2006, Recurso 3491/2005 que, precisamente, aprecia la falta de contradicción entre las sentencias contrastadas por cuanto que en la sentencia allí invocada de contraste, que había reconocido la existencia de dimisión, "consta acreditado, que la trabajadora recibió dos telegramas consecutivos instando su reincorporación, con la advertencia de que de no reincorporarse causaría baja en la empresa, haciendo caso omiso de dichos requerimientos, y sin haber justificado una alegada situación de descanso por maternidad".



Por lo expuesto,

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, de fecha treinta de septiembre de dos mil dieciséis, en virtud de demanda formulada por D^a Almudena frente a la parte recurrente, sobre Despido, y, en consecuencia, con revocación de la sentencia de instancia, desestimamos la demanda absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra.

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

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

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

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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0273-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE*, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000027317), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.