



Roj: **STSJ PV 2086/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:2086**

Id Cendoj: **48020340012018101298**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2018**

Nº de Recurso: **1119/2018**

Nº de Resolución: **1286/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE LUIS ASENJO PINILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Recurso de suplicación 1119/2018

NIG PV 48.04.4-17/011022

NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0011022

SENTENCIA Nº: 1286/2018

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 19 de junio de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos/a. Sres/a. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y Dª ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/a, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por ATENTO SERVICIOS ESPAÑA S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 6 de los de BILBAO, de 14 de febrero de 2018, dictada en proceso sobre **Despido** (DSP), y entablado por Luis María frente a **ATENTO SERVICIOS ESPAÑA S.A.**

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"Primero: D. Luis María ha venido prestando servicios para ATENTO SERVICIOS ESPAÑA SA (ATENTO) como gestor telefónico desde el 12-7-2010.

Viene disfrutando de una reducción de jornada y su salario alcanza los 1082,25 euros (35,58 euros/día).

Segundo: El trabajador dispone de un descanso de 55 minutos cuando trabaja 7 horas (lunes a jueves), y de 50 minutos cuando trabaja 6 horas (viernes). Estos periodos de descanso son de 5 minutos cada hora y de 20 minutos por cada 6 horas.

Tercero: Cuando el trabajador va a pausar su actividad disfrutando de los 5 minutos que tiene cada hora, debe ordenar un comando en su consola de ordenador denominado "AUX 1". Cuando descansa para comer, ordena el comando "AUX 2".



Ese comando debe cursarse a través del ordenador, ya que si se lanza desde el terminal telefónico pueden generarse periodos de actividad cuando en realidad el trabajador se encuentra en pausa.

El sistema informático reporta en tiempo real la situación en que se encuentra el trabajador, si "operando", "En espera" o "en pausa".

Cuarto: En ocasiones, el sistema informático revela situaciones de pausa cuando se estarían realizando tareas efectivas.

Quinto: El supervisor puede acceder al sistema en tiempo real, eliminando las pausas que aquellos pudieran haber lanzado desde sus terminales.

Sexto: El 8-6-2017 la empresa comunica al actor una amonestación, sostenida en una suma de periodos de pausa superior a la admisible sobre el periodo comprendido entre el 2-5-2017 y el 31-5-2017. La amonestación no fue impugnada. El tenor literal de la misma se da por reproducido.

El 3-10-2017 la empresa comunica al actor una nueva sanción, esta se concreta en una suspensión de empleo y sueldo de 4 días, la cual ha sido objeto de judicialización, estando en este momento pendiente de ser resuelta por la instancia. La sanción se ampara nuevamente en una suma de periodos de pausa superior a la admisible y sobre el periodo comprendido entre el 1-9-2017 y el 22-9-2017. El tenor literal de la misma se da por reproducido.

Séptimo: A fecha de 8-11-2017 se remite al actor carta por **despido** con esos mismos efectos y cuyo tenor se da íntegramente reproducido a este ordinal. Sustancialmente se da cuenta de los minutos de pausa que habría disfrutado el trabajador entre el 2 y el 31 de octubre de 2017.

Se imputa falta muy grave señalando a los arts. 67.1 y 67.12 del Convenio aplicable como marco tipificador, y al art. 68 c) como antecedente a la sanción de **despido**.

Octavo: El actor no ha sido representante de sus compañeros.

Noveno: A fecha de 20-11-2017 fue elevada papeleta conciliatoria, intentándose la celebración del acto el día 4-12-2017 (sin avenencia)."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"Que, estimando la demanda interpuesta por D. Luis María frente a ATENTO SERVICIOS ESPAÑA SA, autos 1090/2017 al que fuera citado el Ministerio Fiscal, declaro el **despido** padecido el 8-11-2017 como nulo, condenando a ATENTO SERVICIOS ESPAÑA SA a readmitir al actor en las mismas condiciones que regían la relación con anterioridad al **despido**, con abono de los salarios de tramitación a razón de 35,58 euros/día."

TERCERO.- Como quiera que la empresa Atento Servicios España SA (Atento, en adelante) discrepara de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación. Ha sido impugnado por la parte actora.

CUARTO.- Los presentes autos tuvieron entrada el 28 de mayo de 2018 en esta Sala. Se ha señalado el siguiente día 19, para deliberación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Confederación General del Trabajo solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 13 de diciembre de 2017, en nombre de su afiliado Sr. Luis María, que se declarase la nulidad del **despido** que tuvo lugar con efectos del anterior 8 de noviembre, o subsidiariamente la improcedencia, con las consecuencias legales inherentes a la declaración que definitivamente resultase

La sentencia de 14 de febrero de 2018 y del Juzgado de referencia, estimó esa reivindicación. Todo ello en base a los hechos que desglosábamos en nuestros antecedentes fácticos; así como en los fundamentos de derecho que se consignan en dicha resolución y que se tienen por reproducidos.

SEGUNDO.- El primer motivo de Suplicación toma como base el art. 193.b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Referencia procesal que mantendremos en los siguientes fundamentos de derecho y mientras no digamos lo contrario.

Tiene como objetivo incorporar un nuevo párrafo al segundo hecho probado. Cita a tal fin el documento num. 1, de su ramo de prueba. El texto que propugna es el que sigue:

"Consta aportado a las actuaciones como doc.1 del ramo de prueba de la demandada, certificado expedido el 13 de febrero de 2018 en el que se certifica que la documentación anexada al mismo es la correspondiente



a los pantallazos extraídos del aplicativo Atenea y que contienen las horas de conexión y los tiempo de pausa del PVD del trabajador Luis María con DNI NUM000 ".

No puede asumirse. El documento que refiere corresponde a un certificado que según indica está firmado por el Sr. Aquilino , en su calidad de representante legal de Atento. Sin embargo carece de validez por las siguientes causas:

-No tiene efectos revisorios de acuerdo a lo establecido en el art. 196.3, de la LRJS , ya que como afirma la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), de 5-4-2018, rec 199/2016 , no "cabe confundir el soporte de una prueba -pericial o testifical- con la naturaleza de la misma". Por tanto, la pretendida certificación es una mera testifical documentada.

-A mayor abundamiento, no consta que el mencionado tenga esa condición. Tampoco aparece reflejado en la sentencia como compareciente a la vista oral en calidad de testigo y con el fin de que pudiera ser examinado su testimonio.

TERCERO.- A continuación propone la inclusión de un nuevo ordinal en el relato fáctico y que a su juicio sería el décimo. No obstante, no queda claro cual es su real objeto, ya que con posterioridad refiere que persigue modificar el cuarto ordinal; lo que a su vez resulta contradictorio con la que es su última petición de esta naturaleza. Con todo, señala como referencia el documento num. 5, de entre los presentados por el trabajador, pero para negarle seguidamente cualquier validez probatoria al haber sido expresamente impugnado. La redacción que persigue es la que seguidamente desglosamos:

" Por la parte actora se aporta como documento número cinco, reportaje fotográfico sin que conste ni se acredite el puesto de trabajo al que hace referencia y sin que se desprenda información alguna al respecto, constando incluso otro nombre, el de una mujer ".

Misma suerte ha de correr que el anterior. Baste a tal efecto y sin entrar en otras digresiones que llevarían a esa misma conclusión, que reiterada jurisprudencia del TS y de la que es un buen ejemplo la sentencia de 30-9-2010, rec. 186/2009 , establece respecto a los datos de hecho calificables de negativos, que: "*¿Y ello tanto si se trata de hechos positivos, a los que por regla general ha de limitarse el relato fáctico [excluyendo los hechos negativos: así, argumentando el actual art. 97.2 LPL y desde la más antigua jurisprudencia], cuanto de los excepcionales supuestos en que se admite la constancia de esos hechos negativos [cuando la «ausencia del hecho» pueda trascender -al menos teóricamente-a la parte dispositiva]¿"*. Siendo también interesante a estos efectos la resolución de 6-2-1991, de ese mismo Tribunal , y cuando nos recuerda que: "*¿respecto a la parte a la que incumbe probarlo, resulta de difícil justificación, por lo que, inevitablemente, se impone una inversión en la carga de la prueba, haciendo recaer sobre la parte contraria la demostración del hecho positivo contrario¿"*.

CUARTO.- Finalmente, reivindica que se suprima el cuarto hecho probado ya que según afirma no se sustenta en prueba alguna. Destaca a esos efectos que el citado documento num. 5 es ajeno al actor y se trata de prueba referencial que no puede tomarse en cuenta. Asimismo refiere que lo dicho por los testigos propuestos por el demandante no demuestran la conclusión del Juzgador, sino todo lo contrario; igualmente que al no haber estado presentes se tratan de testimonios de referencia y que en este caso solo valdría un testigo directo de esos hechos.

Tampoco es asumible. Resaltamos lo siguiente:

-Cuando se intenta suprimir un hecho probado en base a la pretendida ausencia de prueba, la vía procesal que ha de seguirse es la marcada por el art. 193.c), de la LRJS . Y no es el caso.

-A su vez, el tipo de argumentos que desarrolla sobre los testigos Sra. Gabriela y Sr. Bernardo , únicamente podrán tener acomodo en al art. 193.a), de ese mismo Texto procedimental, con las consecuencias allí igualmente previstas. Tampoco es la vía utilizada por la empleadora.

-En cualquier caso, las disquisiciones que se efectúan sobre la prueba testifical carecen de relevancia, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 97.2, siempre de la LRJS . Requisitos que establecidos por ese precepto, cumple el Magistrado de manera suficiente visto el contenido de sus fundamentos de derecho primero y tercero, sobre todo este último, donde analiza lo manifestado por los testigos en la vista oral.

-Finalmente, ese hecho probado no solo se sustenta en el denostado documento num. 5, sino también en los testimonios referidos. Y en este orden de cosas es menester dar por reproducido lo que hemos indicado en el párrafo que precede.

QUINTO.- El último motivo de Suplicación lo sustenta en el apartado c), del art. 193, nuevamente de la LRJS .

Atento estima que la sentencia objeto de Recurso, vulnera los num. 1 y 12, del art. 67, al igual que el art. 68.3, del Convenio Colectivo de Contact Center . También infringe el art. 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores .



Señala que el **despido** disciplinario del que fue objeto el Sr. Luis María tiene que ser declarado procedente. Defiende que a lo largo de la vista no se ha practicado prueba alguna a instancias del actor que desvirtuara las razones contenidas en la carta de **despido**. En ese mismo orden de cosas vuelve sobre el contenido del documento num. 5, de los presentados por el actor y con el fin de demostrar su ineficacia probatoria; también que no ha existido queja formal alguna de trabajadores o del propio comité de empresa sobre posibles errores del sistema informático de la empresa, y sin que se haya convocado testigos con esa misma finalidad; y que los testigos tomados en consideración son referenciales, por tanto no pueden validarse sus manifestaciones. Finalmente, resalta que el Juzgador de instancia se ha excedido en sus actuaciones a lo largo del juicio oral, tanto a la hora de dirigir el interrogatorio de algunos de los testigos, como a la hora de formular conclusiones sobre la marcha.

Adelantaremos, ya desde ahora, que nuestro criterio coincide con el expuesto por el Juzgador de instancia, pues sus razonamientos no nos parecen arbitrarios, sino que han de calificarse de congruentes con la cuestión sujeta a debate, de ahí que los ratifiquemos. Destacaremos a tal fin lo siguiente:

-Empezando por el último de los alegatos de la empleadora, no puede debatirse en este trámite. Así, con independencia de la realidad o no de la actuación que imputa al Juzgador y que además le haya podido generar indefensión, elemento este imprescindible y lo cual no se afirma,, tendría que haberlo canalizado a través del art. 193.a), de la LRJS , y con todas sus consecuencias. Sin embargo, nada arbitra en ese sentido.

-Sobre el resultado y contenido de la prueba testifical, ya nos hemos pronunciado en el fundamento de derecho que precede. Visto lo cual, damos por reproducido lo allí expuesto y en aras a evitar inútiles repeticiones. De tal manera que también carecen de relevancia los presentes alegatos y a los fines ahora propuestos.

-Resultan inadecuadas las afirmaciones que la recurrente efectúa respecto a la falta prueba del actor sobre los hechos incorporados a la carta de **despido** y por ende su certeza. A tal efecto, constatamos que fueron negados por el citado en los aspectos que podemos considera sustanciales. Por tanto la prueba de su realidad era misión exclusiva de la empresa, tal como establece el art. 105.1, de la LRJS .

-Enlazando con lo anterior, Atento no ha logrado demostrar que durante el periodo imputado, básicamente el mes de octubre de 2017, se haya producido el exceso de "pausas" que se le imputan al trabajador. En ese orden de cosas, nos haremos eco de los ordinales tercero a quinto de la relación de hechos probados y que han permanecido inmutables; combinados a su vez con los argumentos incluidos en el tercer fundamento de derecho de instancia y donde también se resaltan una serie de circunstancias laborales de las que la recurrente hace caso omiso. En ese mismo orden de cosas, si bien la empleadora hace especial hincapié en el cuarto hecho probado; es curioso que el quinto no le merezca ningún comentario y con el fin de modificarlo y/o suprimirlo; pese a la trascendencia que puede tener que exista una persona que tenga potestad no solo para acceder al ordenador de los trabajadores en tiempo real, sino igualmente para eliminar sus "pausas"; elemento éste último que se ha configurado como sustancial a la hora de convalidar el **despido**.

Todo lo cual no hace sino advenir que la herramienta de control informático que utiliza la empresa a esos fines, no ofrece las suficientes garantías como para poder constituir una prueba inequívoca e indubitada para sustentar los pretendidos incumplimientos laborales del Sr. Luis María .

-Finalmente, recordemos que se le imputa una " **disminución voluntaria y continuada en su rendimiento** " . Llegados a este punto destaquemos que una consolidada jurisprudencia del TS ¿sentencia de 23-3-1990 , por ejemplo-, viene estableciendo sobre esta figura disciplinaria que es necesario que se recoja en el relato fáctico: "¿el imprescindible elemento comparativo para llegar a la conclusión del bajo **rendimiento** , ya atendiendo a un criterio subjetivo, tomando como medida el conseguido por el propio trabajador con anterioridad, ya atendiendo a un criterio objetivo, remitiéndose al **rendimiento** marcado por pacto individual o colectivo o por otros trabajadores que realicen la misma actividad; y además, también sería preciso que se acredite la voluntariedad y continuidad en tal actitud¿". Pero ninguno de estos aspectos, empezando por el elemento comparativo, ha quedado demostrado por Atento.

SEXTO.- El rechazo de la Suplicación conlleva la condena al pago de las costas causadas en la presente instancia; incluidos los honorarios de la Graduada Social de la parte actora y que debemos cifrar en 900 euros, atendiendo a la complejidad del asunto y al trabajo desarrollado. Todo ello en consonancia lo establecido en el art. 235.1, de la LRJS .

Asimismo, la recurrente perderá las cantidades consignadas y el depósito efectuado con tal fin; en este caso de acuerdo al art. 204, nums. 1 y 4, de ese mismo Texto procesal.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,



FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación formulado por la empresa Atento Servicios España SA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Seis de los de Bilbao, de 14 de febrero de 2018 , dictada en el procedimiento 1090/2017; por lo cual y, en consecuencia, debemos ratificarla. Igualmente se condena a la citada empresa al pago de las costas causadas en la presente instancia, incluidos los honorarios de la Graduada Social de la parte actora y que debemos concretar en 900 euros; asimismo, la empleadora perderá las cantidades consignadas y el depósito efectuado para recurrir.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar** , al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros** .

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1119-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-1119-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.