



Roj: **STSJ GAL 2717/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:2717**

Id Cendoj: **15030340012015101869**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2015**

Nº de Recurso: **45/2015**

Nº de Resolución: **2070/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2014 0002134

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000045 /2015 **(-FF-)**

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000419 /2014 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de A CORUÑA

Recurrente/s: Victoria

Abogado/a: ANGEL JAVIER EDREIRA COUCEIRO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: María Purificación

Abogado/a: ALBERTO MARTIN RODRIGUEZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

ILMO. SR. D. MANUEL CARLOS GARCÍA CARBALLO

En A CORUÑA, a catorce de Abril de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION 0000045/2015, formalizado por EL LETRADO DON ANGEL EDREIRA COUCEIRO, en nombre y representación de DOÑA Victoria , contra la sentencia número 489/2014, dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 3 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000419/2014, seguidos a instancia de DOÑA Victoria frente a DOÑA María Purificación representada por el Letrado D. Alberto Martínez Rodríguez, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : D^a Victoria presentó demanda contra DOÑA María Purificación , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 489/2014, de fecha veintidós de Septiembre de dos mil catorce .

SEGUNDO : En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: 1º.- La demandada ejerce su actividad empresarial en la Cafetería Yesterday sita en la Ronde de Outeiro de esta ciudad. La demandante fue cliente de tal establecimiento. 2º.- Las partes en los presentes autos suscribieron un contrato de trabajo a tiempo parcial el 16 de enero de 2014 aportado como documento nº 2 con la demanda, y que aquí se da por reproducido. En virtud del mismo la demandante era contratada como camarera, pactándose expresamente la siguiente cláusula: "este contrato entrar en vigor a partir del momento en que la trabajadora tenga la documentación en vigor, es decir tenga concedido el permiso de residencia y trabajo". La demandada, al menos hasta el 21 de febrero de 2014 -fecha del despido alegado en la demanda-, se encontró en España en situación de extranjera sin autorización de trabajo y residencia. 3º.- Se celebró ante el SMAC acto de conciliación con el resultado que obra en el acta de conciliación con la demanda.

TERCERO : En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: 1º.- DESESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por D^a. Victoria frente a la empresa Lilian Rosa Franco Arone.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por DOÑA Victoria formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte DOÑA María Purificación .

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social número tres de A Coruña de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha VEINTIDOS DE DICIEMBRE DE DOS MIL CATORCE.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día NUEVE DE ABRIL DE DOS MIL QUINCE para los actos de 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 . - La sentencia de instancia desestima la demanda formulada por la parte demandante sobre despido y absuelve a la empresa demandada de las pretensiones en su contra deducidas.

Dicha resolución es recurrida por el letrado de la parte accionante, quien al amparo del apartado b) del artículo 193 de la L.R.J.S ., solicita la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en concreto:

a) La revisión del ordinal primero para el que propone el siguiente texto alternativo:

b) "1º.- La demandada ejerce su actividad empresarial en la Cafetería Yesterday sita en la Ronda de Quteiro de esta ciudad. La demandante ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la demandada desde el día 01/10/2013 con la categoría profesional de camarera y percibiendo un salario mensual de 450 euros/mes. La jornada laboral era de 156 horas mensuales distribuidas de la siguiente forma:

Lunes a Jueves: de 09:00 a 16:00

Viernes y sábado (en semanas alternas): de 09:00 a 22:00 y de 22:00 a 07:00.

Domingo: Libre

El 21 de febrero de 2014, sin mediar el preceptivo aviso por escrito de la causa del despido y, sin poner a disposición de mi representada la correspondiente indemnización, la empresa demandada procedió a despedir a la trabajadora. Dicho despido fue comunicado a través del servicio de mensajería **Whatsapp**."



b) La revisión del hecho declarado probado segundo, solicitando quede redactado del siguiente modo:

"2º. "La empleadora, ante la solicitud por la trabajadora de que firmaran un contrato de trabajo, el 16 de enero de 2014 suscribió contrato de trabajo a tiempo parcial, aportado como documento nº 2 de la demanda, en el cual se establecía como cláusula adicional que "este contrato entrará en vigor a partir del momento en que la trabajadora tenga la documentación en vigor, es decir, tenga concedido el permiso de residencia y trabajo". Dicho contrato no fue registrado en la Oficina de Empleo ni la trabajadora fue dada de alta en la Seguridad Social."

La primera revisión ha de venir rechazada de plano al no venir apoyada en prueba hábil, pues es ocioso recordar que el carácter extraordinario del recurso de suplicación supone el respeto de la declaración de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, solo impugnabile cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante en autos. Pues la testifical no es prueba idónea para revisar.

Tampoco se puede aceptar la segunda revisión propuesta, pues ni siquiera menciona el documento en que se apoya. Y como quiera que la revisión solicitada carece del más elemental requisito de citar prueba hábil en que se apoya es obvio que la relación histórica de la resolución recurrida haya de permanecer inalterada.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del mencionado artículo 193 de la L.R.J.S., denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 217 de la LEC y 91.2 de la L.R.J.S. y jurisprudencia que lo interpreta Alega, en esencia, que la demandante ha cumplido con la parte de la prueba y admitida el interrogatorio de la demandada, sin que haya comparecido, ha de aplicarse la "ficta confesio", por lo que los hechos contenidos en la demanda han de quedar perfectamente acreditados. Por todo ello solicita la revocación de la resolución recurrida y que se dicte otra que estimando la demanda rectora declara improcedente el despido de la actora, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración.

En primer lugar hay que señalar que la denominada "ficta confesio", contemplada en el invocado artículo 91.2 L.R.J.S., es una mera facultad del juzgador de instancia. Así lo contempla en mencionado artículo al señalar " Si el llamado al interrogatorio no compareciese sin justa causa a la primera citación, rehusase declarar o persistiese en no responder afirmativa o negativamente, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, *podrán* considerarse reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos...".

Quiere esto decir, que queda al arbitrio del juzgador considerar reconocidos los hechos y, en el supuesto enjuiciado, la sentencia de instancia rechaza la pretensión actora por no haber acreditado, no ya la existencia del despido, sino que la demandante comenzara a prestar servicios para la parte demandada.

La parte recurrente que se limita a discrepar de tal consideración, no desvirtúa tan contundente conclusión obtenida por el juzgador de instancia y ha de tenerse presente que la facultad de la valoración conjunta de la prueba incumbe con exclusividad al juzgador de instancia y que su versión de los hechos declarados probados sólo puede ser atacada e impugnada cuando se citen pruebas documentales o periciales que revelen inequívocamente el error sufrido, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos. Además hay que reconocer que es al Juzgador de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS. De manera tal que en el recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido, y, sólo de excepcional manera, puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente - artículo 193 b) de la L.R.J.S. - pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador «a quo» hubiera podido incurrir, o cuando los razonamientos que le han llevado a éste a su conclusión fáctica, a los que debe referirse en los fundamentos de derecho - artículo 97.2 de la LPL -, carezcan de la más elemental lógica.

Ello conlleva a la confirmación de la resolución recurrida, previa desestimación del recurso de suplicación formulado por la parte demandante.

En consecuencia,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por el Letrado D. Ángel Javier Edreira Couceiro, en nombre y representación de Dña. Victoria, contra la sentencia de fecha veintidós de septiembre de 2014, en el



procedimiento 419/2014, seguido ante el Juzgado de lo Social Tres de A Coruña , sobre despido, confirmando la expresada resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

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