



Roj: **STSJ CAT 4797/2018 - ECLI:ES:Tsjcat:2018:4797**

Id Cendoj: **08019340012018103615**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2018**

Nº de Recurso: **1523/2018**

Nº de Resolución: **3726/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MARIA PALOS PEÑARROYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8025871

CR

Recurso de Suplicación: 1523/2018

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 22 de junio de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 3726/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Assellob, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 10 Barcelona de fecha 3 de mayo de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 564/2016 y siendo recurrido/a Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal y Elisabeth , ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de julio de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo la demanda promovida por la trabajadora Elisabeth , y:

1. Declaro el despido improcedente, y condeno al empresario Assellob, SL, según su elección, a readmitirla en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o indemnizarla con la cantidad de 8.853,42 euros; en el caso de que opte por la readmisión, deberá abonar a la trabajadora la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido,



para su descuento de los salarios de tramitación; la opción empresarial deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, y se entenderá a favor de la readmisión de no efectuarse

2. Condeno a la empresa demandada a abonarle por los conceptos salariales reclamados la cantidad de 1.679,99 euros, con un interés del 10% de mora.
3. Condeno también a la susodicha demandada al pago de 300 euros como honorarios de la letrada de la demandante. Y,
4. Condeno al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por ello."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1. La trabajadora demandante venía prestando servicios por cuenta de la empresa demandada, en las siguientes circunstancias: antigüedad, 8 de septiembre de 2010; categoría profesional, recepcionista / auxiliar; salario mensual con inclusión de la prorrata de pagas extras, 1.282,84 euros; en el centro de trabajo de avenida Pau Picasso, 48, bajos, Cornellà de Llobregat; mediante contrato en la modalidad de indefinido; y en jornada a tiempo completo.

2. El 21 de abril de 2015 inició una situación de incapacidad temporal, que fue extinguida por alta médica que permite la reincorporación laboral con efectos del 11 de mayo de 2016 (miércoles; el lunes 16 de mayo era festivo). No se reincorporó al puesto de trabajo. El día 17 de mayo de 2016 (martes) fue dada de baja en la Seguridad Social por causa voluntaria.

3. Es de aplicación el convenio colectivo de oficinas y despachos, DOGC del 5 de agosto de 2013. El artículo 52 dice: "Abandono del puesto de trabajo /

Cuando el trabajador se ausente de su lugar de trabajo por causa no justificada durante un periodo igual o superior a tres días laborables, se considerará a todos los efectos como dimisión voluntaria".

4. En 2105 no ha disfrutado de ningún día de vacaciones.

5. El 9 de junio de 2016 presentó la solicitud de conciliación en reclamación por despido y cantidad. El acto conciliativo fue el 30 de junio, que finalizó con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la demandada debidamente representada sin alegación de justa causa."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la empresa ASSELLOB SL la sentencia que estimó la demanda interpuesta contra la misma por D^a Elisabeth , declarando la improcedencia de su despido, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento, más al pago de determinadas cantidades. Articula el recurso al amparo del artículo 191.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solicitando la revisión de los hechos declarados probados en relación con los fundamentos de derecho de la sentencia. Solicita la revisión de los hechos probados segundo y tercero, pero sin proponer para los mismos una redacción alternativa, impugnando asimismo los fundamentos de derecho, por entender que la trabajadora desde su alta médica el 11.5.2016 dejó de acudir al trabajo no 2 días como dice la sentencia sino 4 días laborables, desde el 11.5.2016 al 17.5.2016, ambos inclusive, señalando que, según los artículos 51 y 52 del convenio aplicable, se considera a todos los efectos dimisión voluntaria del trabajador la ausencia durante 3 o más días en su puesto de trabajo sin justificación, no siendo de aplicación lo establecido en el artículo 56.1.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores ni en el artículo 110.1 y 3 de la LRJS al no encontrarnos ante un despido.

SEGUNDO.- El recurso de suplicación reviste un carácter extraordinario y su objeto es limitado. En concreto, según el artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , puede tener por objeto: a) reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión; b) revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, y c) examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Por su parte el artículo 196 añade que en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas, debiéndose razonar en todo caso la pertinencia y fundamentación de los motivos, así como señalarse, de manera suficiente para que sean



identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la redacción alternativa que se pretende.

El presente recurso no se ajusta a los citados requisitos formales, lo que, en principio, sería razón suficiente para su desestimación. No obstante, el Tribunal Constitucional, ha puesto de relieve que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar "a limine" el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte que debiera ser analizada para su estimación o desestimación por motivos materiales y que desde una perspectiva constitucional en último extremo lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso sino su contenido y desde esta perspectiva resulta obligado concluir que cuando este es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión del recurrente y de la argumentación que la sustenta, la decisión de desestimar el recurso puede vulnerar el artículo 24.1 de la Constitución Española (STS nº 18/1993 y 163/1999).

En el presente caso la defectuosa técnica procesal del recurso no ha de ser obstáculo para que se entre a conocer del mismo, no tanto para revisar los hechos probados, ya que no se propone una redacción alternativa para los mismos, sino para examinar el derecho aplicado al citarse como infringidos determinados preceptos del convenio colectivo, del ET y de la LRJS.

Según los hechos probados de la sentencia la actora, que prestaba servicios para la empresa demandada desde el 8.9.2010, con la categoría profesional de recepcionista/auxiliar, en el centro de trabajo de avenida Pau Picasso 48, bajos, de Cornellà de Llobregat, el 21.5.2015 inició una situación de incapacidad temporal, que fue extinguida por alta médica que permite la reincorporación laboral con efectos de 11.5.2016 (miércoles; el lunes 16 de mayo era festivo). No se reincorporó al puesto de trabajo. El día 17.5.2016 (martes) fue dada de baja en la Seguridad Social por causa voluntaria.

Se recoge también en la sentencia que es de aplicación el convenio colectivo de oficinas y despachos, DOGC del 5 de agosto de 2013, cuyo artículo 52 dice: "Abandono del puesto de trabajo. Cuando el trabajador se ausente de su lugar de trabajo por causa no justificada durante un periodo igual o superior a tres días laborables, se considerará a todos los efectos como dimisión voluntaria".

En la sentencia se razona que el trascurso de solo dos días laborables desde el alta médica y la baja en la Seguridad Social no permite presumir la dimisión de la trabajadora al ser exigibles, según la jurisprudencia, actos del trabajador que de modo concluyente y sin dejar resquicio a dudas revelen su deliberado propósito resolutorio y que el despido debe calificarse como improcedente porque en su comunicación se han incumplido los requisitos de forma establecidos en el artículo 55.1 del ET , de conformidad con los apartados 3 y 4 del mismo artículo y 108.1 de la LRJS.

Sin embargo, los días que se ausentó de su puesto de trabajo tras recibir el alta médica no fueron dos, sino al menos cuatro, pues siendo los efectos del alta médica de 11.4.2016 dicho día ya debió reincorporarse a su trabajo, lo que no hizo, como tampoco lo hizo los siguientes días laborables 12, 13 y 17 de mayo en que fue dada de baja en la Seguridad Social, ni tampoco en los sucesivos, no constando acto alguno de la trabajadora que revele una voluntad de querer conservar su puesto de trabajo, pues en ningún momento se puso en contacto con la empresa manifestando dicha voluntad o para intentar justificar las ausencias. La única explicación que se da en la demanda es que el 19.5.2016 la empresa envió un correo electrónico a su abogada avisando de una baja laboral efectuada en fecha 18.5.2016 y que el 20.5.2016 verificó en las oficinas del INSS que la empresa había cursado su baja en fecha 17.5.2016 y la primera reacción de la trabajadora fue la interposición de una papeleta de conciliación por despido el 9.6.2016.

La dimisión del trabajador es una causa de extinción del contrato de trabajo contemplada en el artículo 49.1.d) del ET , distinta del despido que figura en el apartado k) del mismo precepto. Como se dice en la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2009 : *"La empresa no tenía obligación de proceder a un despido para extinguir el contrato de trabajo, al ser también causa de extinción la dimisión del trabajador. Es cierto que, en algunos supuestos de no reincorporación tras agotarse el período de suspensión del contrato de trabajo por denegación de la solicitud de incapacidad permanente, o tras ser dado de alta médica por curación con impugnación de dicha situación, se requiere por la empresa la medida disciplinaria de despido para justificar la decisión extintiva. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1.994 declara, en relación con dicha cuestión, que "el empresario puede por tanto deducir las consecuencias extintivas -disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento- que deriven de la falta de justificación por el trabajador de la incomparecencia o no reincorporación tras el alta médica" y que "corresponde en consecuencia al trabajador (si quiere evitar, en el caso excepcional o al menos no presumible de error en la resolución administrativa, el despliegue normal de su eficacia) la carga tanto de manifestar su voluntad de mantener la relación como de acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad*



permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo, ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa". Por tanto, el empresario puede hacer cualquiera de las dos cosas, despedir o tener por extinguido el contrato por dimisión, si bien en este caso no es suficiente con que existan ausencias injustificadas, una vez extendida el alta médica, y producirse la reincorporación de forma extemporánea, sino que deben atenderse a otro tipo de circunstancias en los que se revele un indudable propósito de extinguir el contrato de trabajo".

En el caso ahora examinado la actora, tras su alta médica el 11.5.2016 ni se reincorporó a su puesto de trabajo, ni se puso en contacto con la empresa para darle alguna explicación, ni llevó a cabo acto alguno revelador de que deseaba mantener viva la relación laboral, por lo que su conducta de total pasividad solo como una dimisión puede entenderse.

Con arreglo al artículo 52 del convenio aplicable, que regula el abandono del puesto de trabajo, "cuando el trabajador se ausente de su lugar de trabajo por causa no justificada durante un periodo igual o superior a tres días laborables, se considerará a todos los efectos como dimisión voluntaria".

Por ello debe rechazarse la existencia de un despido ya que lo ocurrido ha sido una dimisión voluntaria de la trabajadora y en este sentido el recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- Se alega también en el recurso que por vacaciones devengadas y no disfrutadas de 2016 se habrían devengado 466'52 euros y no 481'50 euros como se recoge en la sentencia, pretensión que no puede prosperar toda vez que no va acompañada de la cita de ningún precepto como infringido, tal como exigen los artículos 193.c) y 196.2 de la LRJS, aunque debe revocarse la condena en costas impuesta a la empresa al amparo del artículo 66.3 de la LRJS al tener que desestimarse la pretensión principal.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa ASSELLOB SL contra la sentencia de 3 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona en los autos nº 564/2016, seguidos a instancia de D^a Elisabeth, la cual debemos revocar, desestimando su demanda por despido, pero manteniendo la condena a ASSELLOB SL a abonarle la cantidad de 1.679'99 euros, sin perjuicio de las responsabilidades legales del Fondo de Garantía Salarial. Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir y a la cancelación parcial del aval prestado en la cuantía correspondiente a la diferencia entre las dos condenas una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.



Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ