



Roj: **STSJ EXT 228/2024 - ECLI:ES:TSJEXT:2024:228**

Id Cendoj: **10037340012024100104**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2024**

Nº de Recurso: **6/2024**

Nº de Resolución: **118/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ANTONIO HERNANDEZ REDONDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00118/2024

CALLE PEÑA S/N

CACERES

Tfno: 927620237

Fax:927620246

Correo electrónico: tsj.social.caceres@justicia.es

Equipo/usuario: MMC

NIG: 06015 44 4 2022 0003036

Modelo: N92000 CARPETA RECURSO

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPLICACION 0000006 /2024

JUZGADO DE ORIGEN/ AUTOS: DSP DESPIDOS / CESES EN GENERAL 0000557 /2022 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de BADAJOZ

Recurrente/s: GESTIONES TIERRAS EXTREMEÑAS SL

Abogado/a: EDUARDO PEDRO RODRIGUEZ DE CASTRO

Recurrido/s: Genaro

Abogado/a: MIGUEL TORRADO SERRANO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

D. JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ REDONDO

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, 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 nº 118/2024

En Cáceres, a veintisiete de febrero de dos mil veinticuatro.

En el RECURSO SUPPLICACIÓN nº 6/2024, interpuesto por el letrado D. Eduardo Pedro Rodríguez de Castro, en nombre y representación de la entidad GESTIONES TIERRAS EXTREMEÑAS S.L., contra la sentencia número 279/2023 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL Nº 3 de Badajoz, en el procedimiento sobre DESPIDO DISCIPLINARIO nº 557/2022, seguido a instancia de D. Genaro , parte representada por el Letrado D. Miguel Torrado Serrano frente a la parte recurrente, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ REDONDO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Genaro presentó demanda contra la mercantil Gestiones Tierras Extremeñas S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 279/2023 de fecha 11 de septiembre de 2023.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "**PRIMERO.-** D. Genaro comenzó a prestar servicios para ACORN INTEGRAL SERVICES SLU en fecha 1 de mayo de 2019, finalizando la relación con esta empresa en fecha 31 de julio de 2019 y comenzando con la demandada el 1 de agosto de 2019 como consecuencia de asunción del servicio por esta última (vida laboral, contratos y nóminas). **SEGUNDO.-** Desarrollaba funciones de auxiliar de mantenimiento a jornada completa en centro especial de empleo percibiendo unas retribuciones de 39,74 euros diarios (hecho no controvertido). **TERCERO.-** La parte demandada puso fin a la relación laboral mediante carta de despido con fecha de efectos 8 de julio de 2022 que le fue remitida primero por burofax y recibida por el actor en fecha 11 de julio de 2022 y más tarde en mano en (folios 63 a 67). El trabajador realizó llamadas a Cuba desde el dispositivo de la empresa en los días 21 y 23 de diciembre de 2021, 7,15 y 18 de febrero de 2022, 11,22,23,24,26 y 28 de abril de 2022, 6,7,21,22,23,28 y 29 de mayo de 2022, 1,2,3,6,7,10 y 11 de junio de 2022 y 4 y 5 de julio de 2022 de índole personal y que no fueron autorizadas por la empleadora. **CUARTO.-** Le fueron abonados 870,72 euros en fecha 19 de julio de 2022 por saldo y finiquito respecto de la que el demandante prestó su conformidad (folios 67 y 107 a 110). **QUINTO.-** Se ha formulado conciliación en el modo que obra en las actuaciones. **SEXTO.-** La parte actora no es ni ha sido en el último año representante legal de los trabajadores".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que con desestimación de la acción principal de nulidad y estimación de la subsidiaria, debo declarar improcedente el despido de D. Genaro condenando a la empresa GESTIONES TIERRAS EXTREMEÑAS SL a que en el plazo de cinco días readmita al trabajador con abono de los salarios de tramitación o en caso contrario al abono de la cantidad de 4.262,12 euros como indemnización descontando la cantidad de que haya podido ser abonada por este concepto desestimando la demanda en todo lo demás."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la entidad Gestiones Tierras Extremeñas S.L., interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos Nº 557/2022 a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 11 de enero de 2024.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día **25 de enero de 2024** para los actos de deliberación, 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 recurrida desestima la acción principal de nulidad y estima la subsidiaria, declarando improcedente el despido de D. Genaro , condenando a la empresa GESTIÓN TIERRAS EXTREMEÑAS, SL a que en el plazo de cinco días readmitiera al trabajador o le indemnizase con la cantidad que allí se fija.

Fundamenta el juzgador la desestimación de la pretensión principal de que se declare la nulidad del despido en que no existen indicios de vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. Y fundamenta la estimación de la pretensión subsidiaria de que se declare improcedente, en que la carta de despido no se le entregó con carácter previo o simultáneo a la fecha de efectos del mismo, porque se le hizo la entrega por primera vez el día 11 de julio de 2022 y la fecha de efectos que se hizo constar en la misma fue de 8 de julio de 2022.



SEGUNDO: El letrado de la empresa demandada interpone recurso de suplicación contra la misma solicitando que se revoque la sentencia de instancia y se desestime íntegramente la demanda de despido, declarándolo como procedente.

En el primer motivo de su recurso, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicita la modificación del tercer hecho probado de la sentencia, para añadir que las llamadas de índole personal no autorizadas las realizó el trabajador, como refiere la carta de despido, durante su jornada de trabajo, proponiendo la siguiente redacción para el mismo:

"TERCERO.- El trabajador realizó llamadas a Cuba desde el dispositivo de la empresa, durante su jornada laboral, en los días 21 y 23 de diciembre de 2021, 7, 15 y 18 de febrero de 2022, 11, 22, 23, 24, 26 y 28 de abril de 2022, 6, 7, 21, 22, 23, 28 y 29 de mayo de 2022, 1, 2, 3, 6, 7, 10 y 11 de junio de 2022, y 4 y 5 de julio de 2022, de índole personal y que no fueron autorizadas por la empleadora (Acontecimiento 63, folios 68 a 79 y 80 a 94)"

Pretensión revisora a la que ha no puede accederse, porque como ya señaló esta Sala en la sentencia de 7 de abril de 2005, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo plasmada en sentencias de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003, que ha venido declarando que es preciso para que prospere la revisión fáctica (aún razonando en clave de recurso de casación, más aplicable al recurso de suplicación):

1º.- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso.

2º.- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado.

3º.- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida.

4º.- Que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados". Y también, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas "reglas" las podemos compendiar del siguiente modo:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada 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 (SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995).

3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios 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 (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).

4º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial (artículo 191.b) y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral), tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990, en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Aplicando esta doctrina no puede accederse a la modificación fáctica interesada, porque no tiene su fundamento en un documento concreto y determinado, sino en una serie de documentos (folios 68 a 79 y 80 a 94) que habría que valorar o interpretar para realizar la adición que pretende el recurrente (que se realizaron las llamadas durante su jornada laboral) y tomando en cuenta hechos que no se declaran probados en la sentencia recurrida, porque en la misma no establece el horario del trabajador.



TERCERO: En el segundo motivo de su recurso, denuncia la parte recurrente, al amparo de lo establecido en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que lo interpreta, citando en apoyo de sus pretensiones la sentencia del Tribunal Supremo número 9579/1989.

Señala la parte recurrente que el juzgador estima la petición subsidiaria del actor, que se declarara improcedente el despido, no porque las razones de la empresa no estén justificadas y sean de una gravedad notoria y motivo de despido según la norma aplicable, sino porque la carta de despido, como instrumento necesario para dar por finalizada la relación laboral, debía haber sido entregada con carácter previo o de forma simultánea al despido.

Se opone a estas alegaciones la parte impugnante, entendiendo como acertada la fundamentación jurídica de la sentencia, porque la omisión de cualquiera los requisitos de forma previstos legalmente dan lugar a la calificación del despido como improcedente.

El Tribunal Supremo aborda esta cuestión, entre otras, en la sentencia 30 de enero de 1989, estableciendo en el décimo fundamento de derecho, que:

Pretende el motivo cuarto formulado por violación del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores y de doctrina legal - Sentencias de 6 de mayo de 1965, que no hace al caso porque lo que declara es que no se produjo el despido por escrito; de 8 de febrero de 1967 y de 5 de mayo de 1971 - que se declare la nulidad -al menos durante el período intermedio entre la fecha de sus efectos que se consigna en la comunicación empresarial y la de efectiva recepción por cada uno de los interesados- del despido de veintiuno de los veintitrés trabajadores demandantes. A introducir esta impugnación jurídica venía referida la segunda de las modificaciones de hechos probados que se solicitaba en el motivo primero, tema al que se dedicó el fundamento de derecho cuarto de esta resolución que se remitió al que ahora establecemos.

Puede aceptarse, genéricamente la calificación de «recepticio» que en él se atribuye al despido disciplinario, por cuanto la norma que como infringida se invoca dispone que el mismo deberá ser notificado por escrito al trabajador. Mas de ello no se sigue que apodípticamente pueda considerarse como «retroactivo» el que han actuado las empresas demandadas (seguimos las expresiones consignadas en el propio motivo). En efecto, lo que exige dicha norma como forma «ad solemnitatem» es que la comunicación escrita contenga la expresión de los hechos que lo motivan y la fecha de efectos del despido y ambos -así se admite expresamente- constan en la de autos. Sólo si la fecha de efectos fuera anterior a la de la comunicación (supuesto improbable por carencia de lógica interna) se podría hablar de retroactividad.

El propio motivo se hace eco de la escasez de doctrina de esta Sala sobre el tema. Unívoca es -y notoria por lo demás- la que exige la constancia en autos de la notificación por escrito; pero, en concreto, para el supuesto de período intermedio entre la expedición por el empleador y la recepción por el trabajador de la comunicación de despido, es la Sentencia de 12 de junio de 1976 la que contiene mayor precisión, en cuanto expresa que lo más que puede derivarse de dicha circunstancia es el derecho del trabajador a que el despido se entienda producido en el momento de la recepción, a efectos de reclamar la retribución correspondiente al tiempo anterior y del cómputo del plazo para ejercitar su acción contra aquél, doctrina ésta que, como se ve, no autoriza lo ahora postulado.

En el presente supuesto, como se ha dicho, la sentencia recurrida sustenta la declaración de improcedencia en que la carta le fue entregada al trabajador con posterioridad a la fecha de efectos del despido, pero con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente expuesta, la consecuencia de la entrega posterior es entender que su fecha de efectos no fue la que consta en la carta de despido sino la que se declara en la sentencia como fecha de notificación de la misma, es decir, el día 11 de julio de 2022, por lo que ha de dejarse sin efecto dicho pronunciamiento.

La cuestión que se plantea, a continuación, es la calificación del despido, partiendo de que la sentencia considera probado, en el hecho tercero, que el trabajador realizó llamadas a Cuba desde el dispositivo de la empresa en los días 21 y 23 de diciembre de 2021, 7, 15 y 18 de febrero de 2022, 11, 22, 23, 24, 26 y 28 de abril de 2022, 6, 7, 21, 22, 23, 28 y 29 de mayo de 2022, 1, 2, 3, 6, 7, 10 y 11 de junio de 2022, y 4 y 5 de julio de 2022, de índole personal, y que no fueron autorizadas por la empleadora.

Conducta que ha de calificarse, como hace la carta de despido, como una transgresión de la buena fe contractual, porque como señala la sentencia número 1734/2022, de 9 de octubre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga:

(...) Por lo que se refiere a las llamadas particulares desde el móvil de la empresa, la gravedad de los hechos que, tenidos como ciertos en la resolución, comportan aquella causa de extinción de la relación de trabajo. Al hilo de lo expuesto se hace preciso indicar, con la reiterada Jurisprudencia del TS que hacen inútil su cita, que



la buena fe contractual a que se refiere el art. 54.2, apartados b) y d) del ET es la que deriva de los deberes de la conducta y del comportamiento que el art 5 a) en relación con el 20.2 ambos del Estatuto de los Trabajadores, imponiendo al trabajador buena fe en su sentido objetivo entendiéndose por tal, como declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de mayo de 1986, un principio general de derecho que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que en principio se convierte en un criterio de valoración de conductas, con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; Esa misma resolución de nuestro Alto Tribunal sigue argumentando que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella, que, por ser grave y culpable, suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador. Por otro lado, en este orden de cosas, nuestro TS ha señalado que dicha falta no precisa la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa bastando el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral. Trasladada la anterior doctrina al caso que se enjuicia ha de discreparse con la solución del Magistrado por cuanto, aquella falta ha existido, es atribuible a la intencionalidad de su autor y se dan, en la sanción contra la que se acciona, las notas de proporcionalidad con el hecho que es preciso para, conforme a lo dicho, ser tenida por justa. Y, en este sentido y para caso idéntico, el TSJ de Cataluña (27-1-1999, declara procedente el despido del trabajador considerando que su conducta, no aislada sino que se producía con una continuidad en el tiempo, suponía no sólo la utilización del teléfono y la generación de un gasto sino el hecho de desviar una línea para su uso, lo que supone un grave incumplimiento y constituye una transgresión a la buena fe contractual y un abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Sentado lo anterior, es evidente que la actuación de la trabajadora incurre en un supuesto que extralimita lo que puede ser un uso normal de un teléfono de la empresa y en cuya cuenta de gastos incide, por lo que, no puede menos que estimarse el motivo de censura jurídica de la empresa, en aras no sólo de la doctrina del Tribunal Supremo entre otras, SS 26-1-1987, 21-1-1986 y 22-5-1986, sino del propio dictado del art. 54.2 del ET, ya que el uso privado del teléfono de la empresa para cuestiones particulares aparece como una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza, constitutivos de una falta muy grave tipificada en el citado precepto sustantivo, quedando patente el incumplimiento de la trabajadora que en el presente supuesto se evidencia con más fuerza, dado que entre el periodo enero de 2001 al 30 de septiembre de 2001 remitió mensajes particulares con el móvil de la empresa por un importe superior a las 200.000 ptas.; por todo ello debe estimarse el motivo de referencia y entender que el despido de la actora es procedente.

Conclusiones que han de aplicarse al caso que nos ocupa, en el que número de llamadas realizadas por el trabajador a Cuba con el teléfono de la empresa y sin su autorización, determinan que haya de calificarse el despido como procedente, sin que puedan admitirse los argumentos de la parte impugnante del recurso, que alega que la carta no concrete suficientemente los hechos, porque sí lo hace. Tampoco puede entenderse, como afirma, que los hechos estén prescritos, porque además de no invocarse este hecho en la demanda ni haberse planteado en el trámite de alegaciones del acto del juicio, al describir la carta una conducta continuada del trabajador de la que la sentencia declara probado que se prolongó desde el mes de diciembre de 2021 hasta días antes de producirse el despido. De otra parte, tampoco puede admitirse su alegación de que no había prohibición el uso del móvil y de que no se le avisó de que no podía realizar la conducta que se le había sancionado, porque la sentencia declara que el uso del teléfono móvil que la empresa le entregó para realizar las funciones propias de su trabajo lo utilizó sin autorización para fines particulares. Por último, no puede entenderse que la calificación como procedente del despido infrinja la teoría gradualista, en atención al número de llamadas internacionales (a Cuba) realizadas (27 se indican en la carta), realizadas durante un periodo continuado de tiempo (desde diciembre a julio, según declara la carta) y que habrán supuesto un perjuicio económico considerable a la empresa.

En definitiva, por lo expuesto, ha de revocarse la sentencia recurrida y declara la procedencia del despido practicado, convalidando la extinción de la relación laboral que el mismo produjo, sin derecho a

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

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Eduardo Pedro Rodríguez de Castro, en nombre y representación de la empresa GESTIONES TIERRAS EXTREMEÑAS, SL, contra la sentencia número 279/2023, de fecha 11 de septiembre de 2023, dictada en el procedimiento de despido número 557/2022, seguidos ante el Juzgado de lo Social número de 3 de Badajoz a instancia de D. Genaro frente a empresa recurrente, REVOCAMOS la sentencia recurrida para, desestimando la demanda interpuesta, declarar



la procedencia del despido del trabajador, convalidando la extinción de la relación laboral que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, con devolución a la parte recurrente del depósito y de la cantidad consignada para recurrir. Sin costas.

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

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. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER N° 1131 0000 64 000624., debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación". La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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.

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

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