

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Tenerife)**

Sentencia 719/2012, de 3 de septiembre de 2012

Sala de lo Social

Rec. n.º 238/2012

SUMARIO:

Despido disciplinario. Causas. Transgresión de la buena fe y abuso de confianza. Trabajadora que presenta dimisión solicitando al empresario (notario) que lo tramite como despido, y ante la negativa de éste inicia baja por incapacidad temporal, por lo que procede a despedirla disciplinariamente ante la negativa a cometer una irregularidad. Pese a que es una práctica habitual disfrazar de despido lo que es una dimisión, el notario se niega a realizar el fraude procediendo entonces la actora a obtener la habitual y fácil baja médica, suponiendo un artificioso mecanismo para obtener su objetivo (percibir una prestación). La actuación constituye una conducta maliciosa muy grave por lo que se declara la procedencia del despido.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 54.2 d).

PONENTE:

Don Antonio Doreste Armas.

En Santa Cruz de Tenerife, tres de septiembre de 2012.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Iltrmos. Sres. Magistrados D./Dna. MARIA DEL CARMEN SANCHEZ PARODI PASCUA, D./Dna. ANTONIO DORESTE ARMAS y D./Dna. MARIA CARMEN GARCIA MARRERO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm.0000238/2012, interpuesto por D./Dna. Pelayo , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social No 1 de Santa Cruz de Tenerife en los Autos No 0001201/2010 en reclamación de Despido, siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dna. ANTONIO DORESTE ARMAS.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dna. Carla , en reclamación de Despido siendo demandado D./Dna. Pelayo y celebrado juicio y dictada Sentencia estimatoria, el día 25 de abril de 2011 , por el Juzgado de referencia.

Segundo.

En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO.- Dona Carla ha prestado servicios para D. Pelayo desde el 25-03-08, con la categoría profesional de auxiliar administrativo y percibiendo un salario de 1437,68 euros brutos prorrateados.

SEGUNDO.

Carla no ostenta ni ha ostentado en el año anterior a su despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

TERCERO.

El día 16 de noviembre de 2010 se produjo el despido de Carla por parte de su empleador D. Pelayo ; en la carta de despido se alegaba lo siguiente:

"Muy estimada Sra. Carla .

Por medio del presente, quien suscribe se dirige a su persona en el marco de la relación laboral que nos vincula, a fin de comunicarle la decisión de rescindir unilateralmente y por despido el contrato laboral de fecha 25.03.2008.

Como bien usted conoce, la relación laboral que nos vincula se encuentra caracterizada, entre otros caracteres, por el principio de confianza que como funcionario público he depositado en su persona.

Sin embargo los últimos acontecimientos acaecidos en el marco de su prestación de servicios han determinado una pérdida total y absoluta en la confianza inicialmente depositada.

Como usted bien recordará en el mes de julio planteo la posibilidad de rescindir la relación laboral que nos vinculaba con la finalidad de iniciar otras actividades formativas vinculada a un curso de postgrado, que desarrollándose en Madrid le hacían imposible continuar en la prestación de servicios por cuenta ajena contratada.

Teniendo conocimiento de su intención, quien suscribe le alentó y apoyó a emprender esta nueva etapa. Es menester recordarle que incluso usted solicitó de quien suscribe diversas cartas de recomendación para poder encontrar un puesto de trabajo en Madrid similar al que venía desarrollando en el marco de la relación laboral que nos vinculaba.

Realizando los actos preparatorios para su marcha a Madrid, usted llegó a comunicar tanto a quien suscribe como al personal de la asesoría externa contratada para tramitar diversas cuestiones del orden laboral y contable, que usted sería baja de la notaría, causando efectos su dimisión con fecha 3 de septiembre de 2010.

Llegada esta fecha y cuando se le ha presentado la documentación necesaria para formalizar su dimisión en la modalidad de baja voluntaria, se niega a firmarla y aduce que su interés era poder causar baja pero con la posibilidad de poder obtener la prestación por desempleo, tramitación esta a la que este empleado público se ha negado al constituir esta actividad un ilícito fraudulento.

Ante esta negativa su respuesta ha sido la de tomarse una baja médica (de la que al día de hoy, quien suscribe desconoce el motivo o diagnóstico, causando ello incluso indefensión) para escudándose en ella, poder cambiar su residencia (extremo que entiendo ha efectuado pues ni tan siquiera ha acudido usted personalmente a entrar los partes de confirmación de la baja médica) y continuar adelante con su proyecto de estudiar un curso de postgrado.

Quien suscribe entiende que los hechos anteriormente narrados son susceptibles de ser calificados como una transgresión de la buena fe contractual, máxime si se tiene presente que usted, desde el inicio de la relación laboral hasta el pasado día 3 de septiembre de 2010, no faltó ni un solo día a su puesto de trabajo ni por enfermedad común.

Por lo anteriormente relatado, se estima que usted ha incurrido en un incumplimiento contractual recogido en el art. 54.2 d) del E.T., consistente en la transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño de su trabajo" y por los que quien suscribe procede a despedirla de forma disciplinaria y procedente de conformidad con el art. 55 del E.T., con efectos del día de hoy 12 de noviembre de 2010.

Sin otro particular, atentamente".

CUARTO.

No consta que D. Pelayo pusiera a disposición de Dona Carla o consignara indemnización alguna.

QUINTO.

Dona Carla ha seguido durante el curso 2010/11 un Master en Marketing en el ESIC, sito en Pozuelo de Alarcón (Madrid), comenzando el curso en octubre de 2010 y residiendo la actora en Madrid para atender al mismo.

SEXTO.

La Notaría de D. Pelayo en Santa Cruz de Tenerife se encontraba cerrada a fecha de la celebración de la vista.

SÉPTIMO.

Dona Carla estuvo en situación de incapacidad temporal desde el tres de septiembre de dos mil diez con diagnóstico de trastorno adaptativo ansioso depresivo.

Fue autorizado el desplazamiento de la actora a Madrid por el Servicio Canario de Salud, siguiendo tratamiento en los Servicios de Salud de la Comunidad de Madrid.

OCTAVO.

Se presentó el día 18 de noviembre de 2010 por parte de la actora papeleta de conciliación, teniendo lugar la comparecencia ante el S.M.A.C. el día 13 de diciembre sin avenencia.

Tercero.

El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda presentada por Dona Carla , y, en consecuencia:

PRIMERO: Declaro improcedente el despido de la parte actora llevado a cabo por la demandada D. Pelayo el día dieciséis de noviembre de dos mil diez,

SEGUNDO: Condeno a la parte demandada D. Pelayo a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte, poniéndolo en conocimiento de este Juzgado, entre la readmisión del trabajador o indemnizarlo en la cantidad de 5.672,73 euros, equivalentes a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, y, tanto en uno como en otro caso, le abone una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir, a razón de 47,27 euros diarios, desde la fecha de despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que el demandante hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probase por la parte demandada lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación

De optar por la readmisión la demandada deberá comunicar al trabajador, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito.

Cuarto.

Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dna. Pelayo y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 31 de mayo de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sentencia de instancia estima la demanda por despido disciplinario interpuesta por la trabajadora (auxiliar en una Notaría) y, sin convalidar la decisión patronal, declara el despido como improcedente.

Recurre en suplicación el empresario, ante esta Sala, articulando su recurso en dos motivos, uno de revisión fáctica y otro de censura jurídica, fundamentados en los apartados b y c del art. 191 LPL . El recurso es impugnado por la representación letrada de la actora, que pone de manifiesto el defecto procesal de la parte recurrente al no guardar la técnica procesal propia de este tipo de recursos, por no cumplir con los requisitos formales del motivo de revisión factica.

Cierto es que el recurso no se ajusta a la buena técnica procesal de este recurso, especial y, además extraordinario, pero este defecto es insuficiente para que el citado recurso se inadmita.

En realidad, el recurso contiene los elementos necesarios para su examen, conteniendo dos motivos, uno revisorio y otro de censura jurídica. Lo que acontece es que se encuentran entremezclados en medio de un amasijo de argumentos (vigorosos para demostrar el malicioso actuar de la trabajadora) que necesitan ser diseccionados para separar los preceptos que señala para que pueda considerarse como motivo de censura jurídica; para ello basta la mera invocación de cualquiera, aunque no sean los aplicables al caso, pues como ha

recordado esta Sala, un Tribunal "no viene vinculado por el señalamiento de normas que hayan hecho las partes, sino que el órgano judicial (incluso en un recurso extraordinario y especial como es este de suplicación) no sólo puede, sino que debe, "ex officio", aplicar la norma adecuada, y ello tanto en base al principio general "da mihi factum, ego tibi ius", ya positivizado en el art. 1.7 del Código Civil (STS, Sala 1a, de 15-7-88), como, especialmente, en la jurisprudencia constitucional que determina que la selección de la norma aplicable es función de los Jueces y Tribunales ordinarios (STCo. 178/88) sin que tenga que cenirse a los Fundamentos Jurídicos alegados por la parte recurrente (STCo. 20/82 o 12/97) y los Fundamentos alegados". Tales preceptos invodados se encuentran en el apartado "primero" del rótulo "B. Materiales" y en el segundo párrafo del apartado "Quinto" del recurso; los motivos revisorios precisan de una mayor atención, para detectar la concurrencia de los requisitos legales y jurisprudenciales y las concretas propuestas revisorias, pero también se cumplen, como ahora se verá.

Segundo.

En lo que atane al motivo revisorio, debe diferenciarse:

1.- Previo a su examen debe la Sala repasar los criterios relativos a esta clase de motivos. Al efecto, la Sala ha sintetizado la doctrina relativa a su estimación, razonando que todo motivo de revisión fáctica requiere, para su éxito, de la concurrencia de las siguientes exigencias, derivadas de lo dispuesto en los arts. 191.b y 194.3 de la LPL y sintetizadas por la doctrina (Sentencia de esta Sala de 28.06.05), todo ello siguiendo la jurisprudencia (STS 21.05.90):

a) Señalamiento preciso de los hechos probados tildados de erróneos o incompletos, que en el supuesto del presente caso se cumple, al que suele anadirse un segundo requisito de orden formal puro, consistente en que se proponga un texto alternativo que sustituya o complete el de la Sentencia recurrida, requisito que igualmente se cumple por parte del recurrente, y que, de todas formas, no constituye un requisito en sentido estricto, pues su incumplimiento no ocasiona el rechazo del motivo (STCo 230/00).

b) Que exista soporte probatorio documental o pericial; son inhábiles, a estos efectos revisorios, todas las demás probanzas, a excepción de que se trate de hechos notorios o pacíficos. La convicción fáctica judicial de la instancia, en los demás casos, deviene inatacable en virtud del principio de inmediación de la potestad valorativa probatoria del "ludex a quo", que no es soberana ni excluyente, pero sí muy amplia dados los términos legales antedichos, restrictivos en cuanto a la posibilidad de actuación de este Tribunal Superior en este recurso extraordinario y excepcional.

Sólo excepcionalmente, (Sentencia de 19-6-08 ,entre otras pocas) ha admitido la Sala revisión fáctica sin tal apoyo documental o pericial, en los raros casos en los que la afirmación judicial estuviera totalmente ayuna de probanza o, aunque apoyada en prueba, fuera lo que la Jurisprudencia constitucional denomina como o "injerencias absurdas, arbitrarias o irracionales" (STCo. 175/85), por ejemplo en la aplicación totalmente equivocada de las normas procesales (y, por tanto, de orden público) relativas a la carga de la prueba (inversión, hechos conformes o hechos notorios) lo que en contadas ocasiones, ciertamente excepcionales, ha hecho la Sala ante tales supuestos (Sentencias de este Tribunal de 19-6-08 y 30-6-09 entre muy pocas otras) ante afirmaciones judiciales fácticas totalmente ayunas de prueba. En efecto, la declaración de hechos probados sin soporte probatorio alguno debe ser alterada, porque no puede permitirse que la libertad valorativa del Juez de Instancia, en materia probatoria, sea ilimitada (desde luego que no es tan "soberana", como suele proclamarse) pues está sujeta no sólo a los principios legales de valoración de la prueba (por ejemplo la de presunciones judiciales y legales de los arts. 385 y 386 de la LECv. o a los preceptos que regulan el valor probatorio de determinados medios de prueba como los del art. 319 de la citada Ley adjetiva), sino también a la sujeción a la doctrina jurisprudencial constitucional que proscribe la valoración "arbitraria o irracional" (STCo. 175/85)."

c) Evidencia del error (o de la insuficiencia) del relato histórico a partir de la probanza anterior, sin que sea menester realizar conjeturas, deducciones o hipótesis más o menos lógicas para mostrar el pretendido error o insuficiencia. (STS 21.05.90).

d) Y, por último, trascendencia, utilidad o necesidad de practicar la alteración fáctica propuesta a los fines de modificar el signo del fallo; esto es, que sea precisa la revisión de los hechos probados para poder invertir o alterar el signo del fallo de la Sentencia recurrida, pues, si ésta va a confirmarse, por cuanto no se produce infracción normativa o jurisprudencial (arts. 191.c y 194.2 LPL) o bien si la Sentencia no precisa de alteración fáctica para ser revocada total por parcialmente, resulta estéril acceder a la revisión de hechos, por más que concurren los anteriores requisitos, salvo que la alteración sea precisa para el supuesto de revisión del criterio de esta Sala por el Tribunal Supremo en un eventual recurso de casación por unificación de doctrina (STS 25.02.03).

2.- A tal fin, el motivo de revisión fáctica se encuentra contenido a lo largo del denso recurso, concretamente las propuestas de texto alternativo figuran en el suplico (defecto subsanable con la antigua LPL,

que es la aplicable en el presente recurso ex Disp. Transitoria 2a.2 de la nueva Ley 26/11, RJS, la cual no lo permite en su art. 196.3 "in fine", y tal defecto, en particular, lo admite la jurisprudencia, glosando la anterior citada y aquí aplicable LPL al tolerar incluso que ni siquiera se formule texto alternativo ex STCo 230/00); los documentos en los que se funda se encuentran desordenados, pero indicados concretamente en los párrafos (la numeración es de la Sala) tercero a quinto del apartado "primero" del recurso, más lo indicado en el subapartado "B" de ese apartado, más en el quinto párrafo del apartado "segundo", más el subapartado D, y más el párrafo sexto del apartado "E".

3.- Concretamente, en base a los documentos señalados, en especial el acta notarial que refleja los mensajes SMS intercambiados por las partes litigantes (del Notario empresario: "?cuándo es su dimisión?". Respuesta de la trabajadora: "la mía el 3 y la de Ángeles el 9"), han de anadirse los siguientes hechos:

"La actora trabajó anteriormente en otra Notaría; que es Licenciada en Administración y Dirección de Empresas y que cursaba estudios de Derecho en la UNED. Que, previo al cambio de destino del Notario empresario, tenía interés en cursar un Master en el curso académico 2010/11, en Madrid, para lo cual solicitó en Julio del 2.010 un préstamo "Estudiantes-Universidad, postgrado- doctorado" y que manifestó al Notario empresario su dimisión, que tendría lugar el día 3 de Septiembre y el de su compañera Angeles el día 9. La demandante se matriculó en el Master de la Escuela Superior de marketing, abonando la matrícula el 18 de octubre. El diálogo por los teléfonos móviles de la actora con el Notario empresario incluía los siguientes mensajes S.M.S. "A.- of Carla . ?cuándo es su dimisión? Y angeles? JIF". Para: Of Carla NUM000 . Enviado: 09:20:48. 01/09/2010. B.- Ate Jessica: " NUM000 Carla . Explicale que lo que firma es baja voluntaria y cuales son las consecuencias. Una notaria no puede cometer una ilegalidad JIF NOTARIO. No quiero q mañana haya sorpresas" Para: Ate Jessica NUM001 . Enviado: 15:11:25.02/09/2010. C.- Ate Jessica: Hablaste con Carla para explicarle lo del paro? JIF NOTARIO Para: Ate Jessica NUM001 . Enviado:18:37:16. 02/09/2010.: Of Carla : "la mia el día 3 y la de angeles el 9. De todas maneras le mandamos un correo a ate. Tiene una firma ahora de cjacanarias Remitente: Of Carla NUM000 . Recibida:09:23:52.01/09/2010." El curso en el que se matriculó la actora comenzó, bien el 2 o bien el 16-10-10. El primer parte de baja médica fue del mismo día 3 de Septiembre continuando siendo expedidos en Tenerife hasta el día 25 de Octubre, habiendo obtenido autorización del SCS, para desplazarse a Madrid, en esta última fecha"

Tercero.

En lo que, mediante la reordenación anterior, puede considerarse como motivo de censura jurídica, se detecta infracción del art. 54, apartados 1 y 2, subapartado d del ET .

Perfilado el relato fáctico de la Sentencia, con la pequeña alteración anterior (constando la mayoría de los hechos que se van ahora a resumir en los Hechos Probados de la Sentencia) debe recordarse, en síntesis, que la actora, previo al cambio de Notaría por destino del titular a otro lugar, tenía interés en trasladarse a Madrid para matricularse en el curso académico 2.010/11, en un Master Universitario, a cuyo fin desde mucho antes (9-7-10) había solicitado un préstamo "Estudiantes Universidad Postgrado Doctorado". Por ello, la actora presenta verbalmente su dimisión (hecho probado mediante el testimonio notarial de los SMS intercambiados por las partes) es decir, manifiesta verbalmente lo que comúnmente se conoce como baja voluntaria pero que técnicamente es dimisión (y así se denomina, lo que adquiere especial valor al tratarse de una trabajadora formada jurídicamente, siendo licenciada en Administración de Empresas al prestar servicios en una Notaría -y haberlos prestado anteriormente para otra- y estar cursando la carrera de Derecho), dimisión que presenta también otra compañera (la Srta. Angeles), la cual lleva a efecto cumpliendo su palabra. Pero no la actora, pues el día previsto para la dimisión reclama al empresario (el Notario) que le entregue una carta de despido con el fin de acogerse a las prestaciones de desempleo. Pese a que esta práctica es común (hecho notorio como enseña la práctica laboral) el Notario se niega a realizar un fraude (las prestaciones de desempleo) y una falsedad (disfrazar de despido lo que es una dimisión), por frecuentes que sean ambos, incluso habiendo advertido antes que no estaba dispuesto a ello ("Explicale que no que firma es una baja voluntaria y cuáles son las consecuencias. Una notaría no puede cometer una ilegalidad. Notario. No quiero que mañana haya sorpresas") y entonces la actora igualmente deja de prestar servicios obteniendo la habitual y fácil baja médica (por el igualmente habitual diagnóstico de "trastorno adaptativo ansioso-depresivo"), baja médica que se revela como un mecanismo artificioso pra obtener su objetivo (percibir una prestación del sistema de Seguridad Social, ahora de Incapacidad Temporal en lugar de la de Desempleo, mientras se traslada a Madrid el curso académico a realizar el Master Universitario), dada la secuencia de los hechos: la inmediatez de la baja acto seguido (el mismo día) del frustrado intento de camuflar la dimisión como despido, y dada la artificiosidad de la causa de la baja, lo cual se muestra no sólo por el diagnóstico en sí (sin que la actora anteriormente hubiera tenido baja médica alguna) sino por el hecho de que pese a la baja se traslada a Madrid a cursar los estudios, lo que evidencia que si se encontraba impedida ("trastorno ansioso-depresivo") para trabajar como auxiliar en una Notaría, mal podría no encontrarse impedida para cursar un Master Universitario en Madrid, y sin que la autorización del SCS, concedida con igual liberalidad,

obste a ello, incluso obviando que la actora se trasladara a Madrid antes de ello, pues el curso comenzó en Octubre del 2.010 y la autorización fue posterior,

La actuación de la actora constituye una conducta maliciosa muy grave e incardinable en los preceptos antes indicados, por lo que se ha de declarar la procedencia del despido y la convalidación de la decisión patronal.

Por tanto, el motivo, como el anterior igualmente debe ser acogido, y, con él, el recurso, de lo que se infiere que la Sentencia debe ser revocada, la demanda desestimada y el demandado absuelto.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dna. Pelayo contra la SENTENCIA del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 25 de abril de 2011, en reclamación de Despido y en consecuencia debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia en el sentido de desestimar la demanda y absolver al demandado.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social No 1 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer únicamente Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4o, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en la c/c no 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Espanol de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 38002 de Sta. Cruz de Tenerife, seguida de cuatro ceros, haciendo constar el D.C no 37 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número del rollo de suplicación en cuatro dígitos y los dos últimos números del año del mismo rollo, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: 3777/0000/37/ seguidos del no de recurso de suplicación compuesto de 4 dígitos y los dos últimos del año al que corresponde el expediente.

Remítase testimonio a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.