



Roj: **STSJ M 6596/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:6596**

Id Cendoj: **28079340052022100291**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **23/05/2022**

Nº de Recurso: **230/2022**

Nº de Resolución: **296/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA MARIA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

**NIG:** 28.079.00.4-2021/0075471

**Procedimiento Recurso de Suplicación 230/2022**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 03 de Madrid Despidos / Ceses en general 803/2021

**Materia:** Despido

**Sentencia número: 296/2022**

Ilmas. Sras.

**Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU**

**PRESIDENTE**

**Dña. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ**

**Dña. ANA MARÍA ORELLANA CANO**

En Madrid a veintitrés de mayo de dos mil veintidós habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las **Ilmas. Sras.** citadas, 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 de Suplicación número 230/2022 formalizado por D. Prudencio contra la sentencia nº 426/2021 de fecha dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Madrid, en sus autos número 803/2021, seguidos a instancia del recurrente frente a DIRECCION000 ., sobre impugnación de despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Doña ANA MARÍA ORELLANA CANO y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- El actor ha venido prestando servicios para la demandada desde el 5 de agosto de 2019 con la categoría profesional de Gestor Telefónico (Grupo profesional 9) percibiendo una retribución bruta mensual con p.p. de 2.126,15 euros mensuales con p.p. pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Mediante carta de 15 de junio de 2021 la empresa notifica despido disciplinario al trabajador con efectos del mismo día, nos remitimos al contenido de la carta de despido obrante en las actuaciones.

TERCERO.- Los días 31 de mayo, 7 de junio, 5 horas del día 8 de junio, el 9 de junio, 10 de junio, 11 de junio (5 horas) y 14 y 15 de junio de 2021 que se indican en la carta de despido el demandante no acudió al centro de trabajo.

El día 11 de junio a las 14.27 se presentó en las oficina donde tenía su puesto de trabajo, siendo su horario de entrada a las 9.00 horas.

CUARTO.- En fecha 13 de septiembre de 2020 el demandante recibió e mail de la empresa Del Sr. Valentín (Superior del demandante) solicitándole la devolución firmada del "Acuerdo individual de trabajo a distancia (Teletrabajo)" que obra al folio 145 de autos, obrando a los folios 143 y 144 el citado Acuerdo de fecha 14.09.2020. En el mismo se indica que dicho Acuerdo entrará en vigor en dicha fecha.

QUINTO.- - En fecha 26 de abril de 2021 D. Valentín (Superior del demandante) remite al actor e mail, obrante al documento 22 que aporta la demandada a su ramo de prueba (folio 75 de autos) del siguiente tenor "Hola Prudencio . Según estamos comentando. Te adjunto carta para vuelta a Ilustración para el día 05 de mayo". La aludida carta obra al folio 76 de autos, a cuyo tenor nos remitimos en la que se le indica al demandante que el 5 de mayo de 2021 deberá volver al centro de trabajo "con el objetivo de darle un refuerzo personalizado como consecuencia de la caída de los datos y kpis."

En dicha carta asimismo se dice "esta medida es temporal y volverá al teletrabajo en cuanto mejore sus Kpis, por lo que queda temporalmente en suspenso el acuerdo de teletrabajo firmado en su momento".

SEXTO.- La demandada remite telegrama al actor el 9 de junio de 2021 (documento nº 23 del ramo de prueba del demandado) obrante al folio 77 y 78 de autos, en el que solicita al demandante justifique las ausencias a su puesto de trabajo del día 31 de mayo 7 de junio la mitad de la jornada del 8 de junio y día 9 de junio de 2021.

SÉPTIMO. En fecha 11 de junio de 2021 vuelve a remitir telegrama la empleadora al trabajador solicitándole justificación de las ausencias al trabajo los días 31 de mayo 2021 y del 7 al 11 de junio de 2021 (documento nº 24 que aporta la demandada) al folio 80 a 82 de autos.

OCTAVO.- Obra al folio 83 de autos correo electrónico de fecha 11 de junio de 2021 que remite la demandada al actor a fin de que justifique las ausencias a su puesto de trabajo los días 31 de mayo, 7 de junio la mitad de la jornada del 8 de junio y días 9 a 11 de junio de 2021. El actor no contestó a esta comunicación ni a las expuestas en los anteriores ordinales Sexto y Séptimo.

NOVENO.- El demandante solicitó por e mail al Sr. Valentín el viernes 28 de mayo de 2021 a las 16.38 h. disfrutar del día 31 de mayo y 1 de junio de 2021 de días de vacaciones por asuntos propios. A lo que el Sr. Valentín , su Superior, le contesta por el mismo medio a las 16.42 h. " Prudencio , no puedo ahora mismo. Ya tengo el cupo pillado."

Envía otro e mail a la empresa el demandante a las 16.42 horas el mismo día del siguiente tenor "Lo he pedido por la web, me ha surgido y no puedo asistir a la oficina". (folios 84-85 de autos).

Las vacaciones se solicitan en la empresa a través de una página habilitada en la Intranet.

DÉCIMO.- El demandante estuvo en situación de I.T. del 13 al 21 de mayo de 2021 (folio 88 de autos).

UNDÉCIMO.-En marzo de 2020 las partes suscribieron el "Acuerdo individual de trabajo a distancia (teletrabajo)" que obra al folio 89 de autos. En virtud del mismo el demandante trabajó desde su domicilio hasta Julio de 2020.



DUODÉCIMO.- Obra al folio 140 de autos parte médico de interconsulta del centro de salud de DIRECCION001 relativo al demandante de fecha 08.10.21 siendo el motivo "ansiedad", obrando al folio 141 cita confirmada para Salud Mental de DIRECCION002 para el día 17.11.2021 a las 9.30 horas.

El actor manifiesta en su demanda que tiene un miedo cervical al contagio por COVID

DECIMO TERCERO.-Aporta el demandante a su ramo de prueba (folio 142 de autos, comunicación de alta relativo al actor en ficheros ASNEF por impago de préstamo personal.

DECIMO CUARTO.-El demandante tiene 3 hijos menores (aporta al documento nº 12 de su ramo de prueba fotocopia de tarjeta de familia numerosa).

DECIMO QUINTO.- Se intentó la conciliación preceptiva previa ante el SMAC".

**TERCERO:** En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Desestimando la demanda interpuesta por D./Dña. Prudencio frente a la empresa DIRECCION000 compareciendo el Ministerio Fiscal, declaro la procedencia del despido objeto de los presentes autos, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra, declarando asimismo, convalidada la extinción del contrato del trabajador, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, no habiendo sido impugnado por la parte demandada.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada el 25/03/2022 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 20 de abril de 2022 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 :** El actor prestó servicios para la empresa demandada hasta el 15 de junio de 2021, fecha en la que fue despedido disciplinariamente. La sentencia recurrida desestima la demanda. La parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con base en el artículo 193 a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la nulidad de las actuaciones por la infracción de los artículos 24.1 y 2 y, 120.3 de la Constitución, 97.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 240 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La parte recurrente invoca que esta infracción normativa le ha causado indefensión, pero no concreta en qué ha consistido la misma, salvo que no se han estimado sus pretensiones. A estos efectos, conviene resaltar que, en cuanto a las formalidades legales del recurso de suplicación, el artículo 196.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social establece que "en el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, 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. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos". Y, en el presente motivo de recurso, no se ha razonado debidamente la pertinencia y fundamentación del mismo, limitándose la parte recurrente a transcribir los preceptos que considera infringidos. Se desestima, consiguientemente, este motivo de recurso.

**SEGUNDO :** La parte recurrente solicita, como segundo motivo de recurso, con debido sustento adjetivo, en primer lugar, a revisión del hecho probado tercero de la sentencia de instancia, consistente en que se sustituya por el siguiente: "Se indica en la citada carta de despido, que el demandante no acudió al centro de trabajo los días 31 de mayo, 7 de junio, el 9 de junio, y 14 y 15 de junio de 2021, y la mitad de la jornada de los días 8 y 11 de Junio. El día 11 de junio a las 14.27 el demandante se presentó en las oficinas donde tenía su puesto de trabajo, siendo su horario de entrada a las 9.00 horas". Est6a pretensión no ha de prosperar. La parte recurrente impugna la valoración de la prueba de interrogatorio de testigos que lleva a cabo la juzgadora de instancia. Incumbe, con carácter exclusivo, la libre valoración de la prueba al órgano judicial de instancia, sin que se aprecie error en el ejercicio de esta facultad, por haber otorgado mayor valor a la prueba de interrogatorio de testigos. La revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia de instancia exige que la parte recurrente se funde en prueba documental o pericial que evidencie error en la juzgadora, como declara el artículo 193 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, sin que la parte recurrente se haya basado para solicitar la revisión del hecho probado tercero en prueba en la que concurran tales circunstancias, por lo que se desestima este motivo de suplicación. En segundo lugar, se solicita la adición de un nuevo hecho probado, del siguiente tenor:



"<< Que el documento correspondiente al ni recordaba ni recordaba haberlo firmado nunca antes D. Valentín , Superior del demandante, y persona que figura como firmante del citado documento. Dicho documento tampoco fue reconocido por esta parte en la fase probatoria, pues su presentación no contenía ni el membrete, ni el sello de la empresa, como así sí lo presentaba la carta de despido, el acuerdo de teletrabajo, y cualquier otro documento que oficialmente ha sido emitido por la empresa, circunstancias todas ellas que convencían a esta parte para apreciar que el citado documento no era ni fiable ni legal". Pretende la adición de la valoración subjetivas de la parte recurrente de la prueba de interrogatorio de testigos y de la prueba de interrogatorio de parte. No se accede a lo solicitado pues, como se ha indicado, la valoración de la prueba es facultad exclusiva de la juzgadora de instancia, sin que este Tribunal aprecie error en el ejercicio de esta facultad, no evidenciándose error de la documental obrante al folio 27 de autos, que contiene el registro horario. En teórcer lugar, se solicita la adición al hecho probado noveno de lo siguiente: "Las vacaciones se deben solicitar en la empresa a través de una página habilitada en la Intranet y se debe dar contestación por intranet. Que tan solo se contestan por intranet si es rechazada la solicitud. Que no dio contestación por intranet al trabajador Prudencio , cuando solicitó sus vacaciones para disfrutar el día 31 de mayo y 1 de junio de 2021. Que asimismo el actor las había solicitado también por email. Que el email no es el canal autorizado por la empresa para solicitar vacaciones. No obstante le emite una contestación: " Prudencio no puedo ahora mismo. Ya tengo el cupo pillado". Por la misma razón, -ya que la parte recurrente pretende adicionar la valoración que realiza, de forma subjetiva, de la prueba de interrogatorio de testigos-, se desestima esta pretensión.

**TERCERO** : La parte recurrente denuncia, como tercer motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, en primer lugar, la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, 34.8, 55.5 c) y, 54.1 del Estatuto de los Trabajadores. Se alega, en primer lugar, que el despido disciplinario del actor tuvo un móvil discriminatorio basado en su paternidad y, que vulneró el derecho a la protección de la salud. De conformidad con el artículo 181.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en sede de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, "en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". En el presente supuesto, alega la parte para justificar la existencia de indicios, respectivamente, en relación con las vulneraciones indicadas, de un lado, que el actor es padre de tres hijos menores y, de otro, que tenía miedo a contraer la COVID 19 y, poderla contagiar a sus familiares. Debe resaltarse que el mero hecho de ser padre de familia numerosa no es indicio suficiente de discriminación. Y, tampoco los constituye el sentimiento personal de miedo a la enfermedad. Por lo tanto, el despido no merece ser calificado de nulo, ni se aprecian las infracciones denunciadas.

**CUARTO** : En segundo lugar, se invoca por la parte recurrente que las faltas de asistencia al trabajo del actor estaban justificadas, bien en días de vacaciones, o porque realizó su prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo. El actor no se encontraba disfrutando de días de vacaciones porque le habían sido denegadas, de forma expresa, por necesidades organizativas de la empresa. Y, además, Tampoco podía desempeñar su trabajo de forma telemática, a través del teletrabajo, ya que, desde el 5 de mayo de 2021, su prestación de servicios, como le indicó la empresa, era presencial, habiendo quedado, por ende, suspendido el acuerdo de teletrabajo. Ha quedado acreditado que el demandante no acudió al centro de trabajo, los días 31 de mayo, 7 de junio, 9 de junio, 10 de junio, 14 y 15 de junio de 2021. Son seis faltas injustificadas, según lo expuesto. El artículo 67.3 del Convenio Colectivo estatal de Contact Center, considera falta muy grave "tres o más faltas injustificadas al trabajo en el periodo de un mes, más de seis en el periodo de seis meses, o treinta en un año, aunque hayan sido sancionadas independientemente". Por consiguiente, el actor incurrió en falta muy grave, que de conformidad con el artículo 68.3 c) del citado convenio colectivo, puede ser sancionada con el despido, por lo que la decisión de extinción fue ajustada derecho. Y, por último, se invoca por la parte recurrente, de un lado, que prestó servicios en la modalidad de teletrabajo, por lo que no existieron faltas al trabajo, argumento que esta Sala no comparte, por las razones expuestas. Y, de otro, que es de aplicación la teoría gradualista. Con carácter general, el contrato de trabajo podrá extinguirse por voluntad del empresario, cuando el trabajador incurra en un incumplimiento grave y culpable, a tenor del artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. A los efectos de la determinación de la gravedad del incumplimiento del trabajador y la proporcionalidad en la adopción de la medida, a saber, el despido, la jurisprudencia ha consagrado la denominada teoría gradualista, según la cual, en todo proceso por despido, se deben analizar las circunstancias que han acaecido y valorar las mismas, sirviendo ello para determinar si es o no ajustada a derecho la imposición de la mayor sanción que contempla el ordenamiento laboral. Por ello, ha de tenerse presente que los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, valorando las circunstancias concurrentes, en una tarea individualizadora y, aplicándose, por tanto, la denominada teoría gradualista, según la cual la sanción de despido solo debe imponerse en los supuestos de extrema gravedad de la conducta. De este modo, ha de valorarse no sólo la gravedad de la infracción del trabajador sino las



circunstancias concurrentes en su conducta, tales como la antigüedad en la empresa, el comportamiento habitual y, en su caso, las sanciones que se le hayan impuesto con anterioridad y, el perjuicio o el daño ocasionado al empresario. La necesaria y plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualizadamente las circunstancias de cada caso, viene exigiendo que, para que una conducta en el trabajo sea sancionada como despido, ha de tratarse de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o, en la que concurra una causa incompleta de justificación, pueda ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo. Ahora bien, en el caso de autos, la norma del convenio colectivo considera falta muy grave tres faltas injustificadas al trabajo y, el actor incurrió en seis, el doble, por tanto, lo que impide la aplicación de la teoría gradualista. Procede, en consecuencia, con desestimación del recurso de suplicación, la confirmación de la sentencia recurrida. No ha lugar a la condena en costas.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por D. Prudencio y confirmamos la sentencia nº 426/2021 de fecha dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Madrid, en sus autos número 803/2021, seguidos a instancia del recurrente frente a DIRECCION000 . No ha lugar a la condena en costas.

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

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.

**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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0230-22 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000- 00-0230-22.

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

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.