



**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL
CACERES**

SENTENCIA: 00136/2018

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246) CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

Equipo/usuario: MMC

NIG: 10037 44 4 2017 0000458

Modelo: N31350

TIPO Y N° DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 0000800 /2017

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000217
/2017 JDO. DE LO SOCIAL n° 001 de CACERES

Recurrente/s: SONIA OJEA BARREIRA

Abogado/a: JOANA SANCHEZ JORNA

Procurador/a: DAVID DIAZ HURTADO

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FRANCISCO LOPEZ MARTINEZ

Abogado/a: M^a JOSE IGLESIAS TORO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

D^a ALICIA CANO MURILLO

D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU

En CÁCERES, a seis de marzo de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. 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

S E N T E N C I A N°136/18

En el RECURSO SUPPLICACIÓN N°800/2017, interpuesto por la Sra. Letrada D^a JOANA SÁNCHEZ JORNA, en nombre y representación de D^a SONIA OJEA BARREIRA, contra la Sentencia número 185/2017, dictada por el Juzgado de lo Social N° 1 de Cáceres, en el procedimiento DEMANDA n° 217/2017, seguido a instancia de D. FRANCISCO LÓPEZ MARTÍNEZ, parte representada por la Sra. Letrada D^a MARÍA JOSÉ IGLESIAS TORO, frente a la parte Recurrente, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. SRA. D^a ALICIA CANO MURILLO

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. FRANCISCO LÓPEZ MARTÍNEZ presentó demanda contra D^a SONIA OJEA BARREIRA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 185 /2017, de fecha 26 de julio.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: *"PRIMERO: El demandante en el presente procedimiento FRANCISCO LÓPEZ MARTÍNEZ prestó sus servicios profesionales para el demandado SONIA OJEA BARREIRA con el salario, categoría, antigüedad que constan en la demanda y aquí se tienen por reproducidos. SEGUNDO: La empresa demandada remite comunicación por WhatsApp por la cual decide el despido del demandante por las razones y en los términos que constan en la misma cuyo tenor se tiene aquí por reproducido. TERCERO: Presentada papeleta de conciliación ante la UMAC el acto resulta intentado sin efecto. CUARTO: La parte actora no es ni ha sido en el último año representante legal de los trabajadores. QUINTO: La empresa no está en condiciones de readmitir al obrero. SEXTO: La empresa*

no ha satisfecho al actor las sumas que refiere en el ordinal tercero de la relación de hechos de su demanda."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "**ESTIMANDO** la demanda interpuesta por FRANCISCO LÓPEZ MARTÍNEZ contra SONIA OJEA BARREIRA y en virtud de lo que antecede declaro IMPROCEDENTE EL DESPIDO del demandante."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D^a SONIA OJEA BARREIRA, interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 29 de diciembre de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 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 de instancia declara improcedente el despido del trabajador, decidido por la empleadora, que no compareció al acto de juicio, empleando la comunicación por whatsapp, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, estimando del propio modo la acción acumulada a la anterior sobre reclamación de salarios impagados, condenando, además, a la empleadora al pago de las costas causadas por aplicación del artículo 66 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

SEGUNDO: Frente a dicha decisión se alza la vencida en la instancia, interponiendo el presente recurso de suplicación, que ha sido impugnado de contrario. Emplea dos motivos de recurso, que ampara en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, siendo que en el primero alega como infringido no un precepto sustantivo sino adjetivo, concretamente el artículo 304 de la LEC, por entender incorrectamente apreciada la ficta confessio. A tal fin alega que se debe partir de que la parte demandada sí compareció al acto juicio que venía señalado inicialmente para el día 30 de junio de 2017, manifestando que también compareció a la segunda citación para dicho acto, el día 27 de julio de 2017, siendo buena prueba de ello que compareció al acto de conciliación que se señaló para ese día, achancando a la parte actora haber obrado de mala fe por cuanto que cuando tuvo lugar el primer acto de juicio, que fue suspendido, la demandante renunció a la prueba de interrogatorio de parte, por lo que entiende que no se puede aplicar la ficta confessio.

En cuanto a lo que plantea la recurrente, en primer lugar, no es adecuada la vía empleada, pues la infracción que denuncia ha de ser por el motivo previsto en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS, pues el examen recae sobre la infracción de norma procedimental. En segundo lugar, tal y como alega la impugnante, no es acorde con la realidad lo que afirma. Lo cierto es que el día que debía haber tenido lugar el acto de juicio, éste se suspendió porque la Sra. Letrada recurrente no tenía poder de representación de la demandada, por estar ingresada en un centro penitenciario, y en el mismo acto se acordó la nueva citación para el día 26 de julio de 2017, quedando las partes citadas en forma, haciéndose constar que no era necesario que compareciera personalmente la demandada y no lo que afirma el recurrente. En tercer lugar, la teórica representación letrada de la demandada, en efecto, compareció al acto de conciliación, tal y como resulta de los autos, pero no lo hizo al acto de

juicio pese a estar citada en legal forma, como hemos expuesto, pues, como alega la recurrida, conforme al artículo 82.1 de la LRJS "De ser admitida la demanda, una vez verificada la concurrencia de los requisitos exigidos, en la misma resolución de admisión a trámite el secretario judicial señalará el día y la hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación y juicio, debiendo mediar un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos, salvo en los supuestos en que la Ley disponga otro distinto y en los supuestos de nuevo señalamiento después de una suspensión". Y la recurrente no acredita en modo alguno la razón de su inasistencia al acto de juicio, pretendiendo que consideremos que no fue por su falta de diligencia por la sola circunstancia de sí haber comparecido al acto de conciliación ante el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, ex artículo 84 de la LRJS. Es más, el nombramiento de Letrado que ahora exhibe, la resolución del reconocimiento de la solicitud del beneficio de justicia gratuita es de fecha 3 de noviembre de 2017, con el consiguiente nombramiento de abogado y procurador, de lo que puede inferirse, y así lo alega la impugnante, que no compareció al acto de juicio por no tener poder de representación.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO: En cualquier caso, la denuncia que hoy articula debió efectuarla en el acto de juicio, cuando la parte actora propuso el interrogatorio de parte, pues cuando lo que se debate, desde luego por la vía del apartado a) del artículo 193 de la LRJS, es la infracción de normas adjetivas, para que prospere el motivo en todo caso se exige el agotamiento en la instancia de todos los remedios admisibles encaminados a la subsanación o reparación del defecto procesal, lo que implica que se haya formulado protesta en tiempo y forma, siempre que ello fuera posible, para que no se suponga consentido o tolerada la infracción con el silencio de la afectado o su inactividad procesal (así se pronuncia

el artículo 191.3.d) de la LRJS y enuncia genéricamente el artículo 238 en relación con el artículo 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada a dichos preceptos por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre).

Lo propio ocurre con lo invocado en el segundo motivo, en el que con el mismo amparo procesal denuncia la infracción del artículo 14.2 del ET, por entender que no hubo tal despido sino desistimiento de la relación laboral en el periodo de prueba. A cuyo fin pretendió aportar el contrato de trabajo suscrito interpartes, en fecha 17 de enero de 2017, cuya incorporación al presente rollo le fue denegada por auto de fecha 25 de enero de 2018, en aplicación del artículo 233.1 de la LRJS, pues, evidentemente, sí pudo y debió apartarlo en el periodo de prueba en el acto de la vista, a la que, como hemos dicho no compareció pese a estar dictada en legal forma. Y respecto de los salarios adeudados, pretende en esta sede que libremos los oficios que refiere para probar su pago, lo que tampoco es factible en sede de recurso, por el propio tenor del artículo 233 de la LRJS citado.

A saber, todo lo que plantea el recurrente en esta sede ha de calificarse como novedoso, y por ello nos está vedado su examen, pues como nos enseña, entre otras muchas, la Sentencia de 8 de octubre de 2012 del Tribunal Supremo:

<<Aparte de lo ya indicado también ha de tenerse en cuenta que el núcleo de la denuncia que se hace este trámite (arts. 1809 CC y 245 LPL) no fue objeto de debate en trámite de Suplicación, por se trata de inaceptables «cuestiones nuevas» (inexistencia de transacción e imposibilidad de renuncia a derechos reconocidos por sentencia firme), que son de rechazar en todo recurso «por aplicación del principio de justicia rogada -epígrafe VI de la EM de la LECivil; art. 216 del mismo cuerpo legal -, del que es consecuencia... así como por el carácter extraordinario del recurso de casación y por la

garantía de defensa de las partes (recientes, SSTS 12/07/07 -rcu 150/06 -; 11/12/07 -rcud 1688/07 -; 05/02/08 -rcud 3696/06 -; 13/05/08 -rcud 1087/06 -; 23/10/08 - rcud 1844/07 -; y 19/02/09 -rcud 2748/07 -)>>.

Lo planteado ahora, en fase de recurso, tanto las cuestiones procesales como las sustantivas, han de calificarse como cuestiones nuevas y no pueden prosperar porque no se hicieron en la instancia y, por tanto, no pudieron ser contestada por la parte contraria, que no tuvo ocasión de defenderse ni de aportar los medios de prueba que tuviera por conveniente para combatirla, así como tampoco pudo ser tratada por el Magistrado "a quo" en su resolución. La prohibición de aducir en esta fase procesal cuestiones fácticas y/o jurídicas nuevas es contemplada por el Tribunal Supremo, además de las resoluciones ya expuestas, en Sentencias de 18 de abril de 1988, 10 de febrero y 11 de julio de 1989, 5 y 31 de julio, 5 y 17 de noviembre de 1993, 18 de enero y 16 de mayo de 1994, 6 de octubre de 1995, 7 de mayo y 19 de noviembre de 1996, 15 de enero, 4 de febrero y 23 de septiembre de 1997, 6 y 17 de febrero y 14 de mayo de 1998, 11 y 12 de abril de 2.000, 15 de noviembre de 2.000, 26 de noviembre de 2003, 22 de abril de 2004 y 22 de junio de 2004 y 4 de octubre de 2008, entre otras.

En el mismo sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 2014, RC. 104/2013, que nos enseña, respecto del recurso de casación, pero aplicable también al de suplicación con el comparte su naturaleza extraordinaria, << El motivo debe ser rechazado porque se plantea con él una cuestión nueva que no se suscitó en la instancia y que no fue objeto de debate ante el Tribunal sentenciador quien no la ha resuelto por ese motivo. Procede, por tanto, rechazar de plano el motivo sin hacer ningún otro tipo de consideraciones.

Esta solución la ha dado ya esta Sala en sus sentencias de 13 de mayo de 2013 (Rec. 239/11) y 20

de mayo de 2013 (R.O. 258/2011) fundándola de la siguiente manera: Como ante el Tribunal sentenciador no se plantearon las cuestiones que ahora se alegan "como evidencia el que tampoco se denuncia ahora que la sentencia hubiera incurrido en incongruencia omisiva, siendo reiterada doctrina de esta Sala de casación en la que se proclama el "criterio general de la inadmisibilidad de «cuestiones nuevas » en todo recurso. Criterio que tiene su fundamento en el principio de justicia rogada (epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal), del que es consecuencia, y que más en concreto ha de excluirse en el recurso de casación - bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo , que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia (con cita de muchas otras anteriores, SSTs 11/12/07 -rcud 1688/07; 05/02/08 -rcud 3696/06; 22/01/09 -rc 95/07; 18/03/09 -rc 162/07; y 25/01/11 -rcud 3060/09). Y al efecto se ha argumentado por esta Sala que si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal «sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas... Por tanto, fuera de esos momentos iniciales... no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso» (STS 04/10/07 -rcud 5405/05)" (entre otras, STS/IV 23-abril-2012 - rco 77/2011, con doctrina que reitera, entre otras, la posterior STS/IV 20-diciembre-2012 - rco 275/2011) ". ">>.

Es por todo ello que el recurso ha de ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS**, el Recurso de Suplicación interpuesto por D^a SONIA OJEA BARREIRA, contra la Sentencia de fecha 26 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social n^o 1 de Cáceres, en sus autos n^o 217/17 seguidos a instancia de D. FRANCISCO LÓPEZ MARTÍNEZ frente a la recurrente, por despido disciplinario, y, en consecuencia, debemos **confirmar y confirmamos la Sentencia de instancia.**

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^o 1131 0000 66 080017 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.



PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA