



Roj: **STSJ EXT 891/2019 - ECLI: ES:TSJEXT:2019:891**

Id Cendoj: **10037340012019100470**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **30/07/2019**

Nº de Recurso: **418/2019**

Nº de Resolución: **480/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ALICIA CANO MURILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00480/2019

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

C/PEÑA S/Nº

CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 620246

TIPO Y Nº DE RECURSO: SUPPLICACIÓN Nº 418 /19

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA Nº781/2018 JDO. DE LO SOCIAL nº4 DE BADAJOZ

Recurrente/s: EMPRESA EXCOM CONTROLLINGS ESPAÑA S.A

Abogado/a: D. MIGUEL ÁNGEL CASTRO DÍAZ

Recurrido/s: Luis María

Abogado/a: D. JOSÉ MARÍA GRAGERA FERNÁNDEZ

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

Dª LAURA GARCÍA MONGE PIZARRO

En CÁCERES, a treinta de julio de dos mil diecinueve.

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

S E N T E N C I A Nº418/19



En el RECURSO SUPPLICACIÓN N°418/2019, interpuesto por el Sr. Letrado D. MIGUEL ÁNGEL CASTRO DÍAZ, en nombre y representación de la EMPRESA EXCOM CONTROLLINGS ESPAÑA S.A., contra la sentencia número 171/2019, dictada por JDO. DE LO SOCIAL N°4 de BADAJOZ, en el procedimiento DEMANDA n°781/2018 seguido a instancia de D. Luis María, parte representada por el Sr. Letrado D. JOSÉ MARÍA GRAGERA FERNÁNDEZ, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a ALICIA CANO MURILLO

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Luis María presentó demanda contra la empresa EXCOM CONTROLLINGS ESPAÑA S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 171/2019, de 17 de mayo.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "**PRIMERO**. D. Luis María prestó servicios laborales para la empresa EXCON CONTROLLING ESPAÑA, SA, al haber celebrado un contrato temporal, a tiempo completo, el día 9 de junio de 2015, que convirtieron en un contrato indefinido el día 9 de diciembre de 2015. **SEGUNDO**. A efectos de este procedimiento, la categoría profesional del trabajador es la de oficial 1^a administrativo, su salario de 1.666 € mensuales (incluida p. p. extras) y su antigüedad de 9 de junio de 2015. **TERCERO**. La empresa demandada comunicó al trabajador la finalización de la relación laboral mediante carta fechada en Madrid el día 2 de octubre de 2018, que tenía el siguiente contenido: *Muy Sr. nuestro: Por medio de la presente le comunicamos que, la dirección de esta empresa ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por DESPIDO DISCIPLINARIO, con fecha de efectos de hoy, en base a las facultades que se fijan en el art. 31 y siguientes del Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos (Cód. 28003005011981, BOCM Núm. 265 de 7 de noviembre de 2015) y en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, por los hechos que se vienen produciendo. En concreto, los hechos y motivos en los que se fundamenta la sanción impuesta son los siguientes: Desde el pasado día 10 de mayo de 2018 se encuentra en situación de incapacidad temporal, al parecer, por una situación de estrés y ansiedad que le incapacita para la realización de sus funciones laborales. Con fecha 18 de septiembre de 2018 nos ha comunicado el alta médica, tras lo cual, revisando las fechas de disfrute de sus vacaciones, la empresa ha tenido conocimiento que los pasados días 8, 9 y 10 de junio, coincidiendo con su situación de baja por enfermedad participó en el campeonato de la Copa Nacional de España (Federación Española de Fisioculturismo y Fitness), sin aparentes signos de malestar o incapacidad alguna, llegando a quedar segundo en la modalidad de Culturismo Master 40 de más de 90 kg. Durante el periodo de baja laboral, una cosa es la práctica del deporte habitual, que puede ser, en su caso, beneficios en el tratamiento recuperatorio de la enfermedad, y otra que se realice a la actividad previa y propiamente concursal del deporte de alta competición, máxime si se trata de este deporte, donde se requiere una alimentación muy cuidada y una exigente actividad física y mental constante, sobre todo las semanas previas a la competición. La participación en este campeonato estando en situación de incapacidad temporal constituye transgresión de la buena fe contractual, ya que demuestra que o bien Vd. realmente no se encuentra mal psíquicamente y puede trabajar en nuestra empresa o, de estar realmente enfermo y padecer estrés o ansiedad, la participación en el referido campeonato supondrá que su recuperación sea mucho más larga, con el consiguiente perjuicio y fraude tanto a las arcas de la empresa como a las públicas, por las atenciones requeridas para su supuesta enfermedad incapacitante. En ambos supuestos estamos ante una actuación fraudulenta y grave por su parte que no nos permite otra solución que proceder a su despido disciplinario. Los hechos relatados están contemplados en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores como constitutivos de causa de despido procedente por transgresión de la buena fe contractual y en el artículo 34.3, 34.5 y 24.8 del Convenio Colectivo de nuestro sector como falta muy grave sancionable como despido. En virtud de lo anterior, y de conformidad con el artículo 35 del Convenio Colectivo de aplicación, así como del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores y demás concordantes, se le notifica el presente despido disciplinario con la fecha de efectos indicada en el encabezamiento de la presten carta y así mismo, desde este momento, se pone a su disposición su liquidación, saldo y finiquito. Igualmente, se le pide que entregue con inmediatez y, en el domicilio de la empresa dentro del horario laboral las llaves, teléfono, ordenador y cualquier otro utensilio o herramienta que por la empresa se le haya entregado para el desempeño de sus funciones. Sin otro particular que comunicarle, atentamente. **CUARTO**. El trabajador no era en el momento del despido, ni durante el año anterior, representante de los trabajadores. **QUINTO**. El día 26 de octubre de 2018, el trabajador promovió el correspondiente acto de conciliación ante la UMAC, que se celebró el día 14 de noviembre de 2018, con el resultado de intentado sin efecto."*

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "*Estimo la demanda presentada por D. Luis María contra la empresa EXCON CONTROLLING ESPAÑA, SA. Por ello, previa declaración de improcedencia del despido practicado, condeno a la empresa demandada a que, a su opción,*



readmita al trabajador despedido en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido y abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (2 de octubre de 2018) hasta la fecha de notificación de la sentencia - salvo que con anterioridad encontrase otro empleo-, a razón de 54,77 € diarios, o le indemnice con 6.024,99 euros. La expresada opción deberá efectuarse, por escrito o comparecencia en el juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia. Caso de no efectuarse en tiempo y forma se entenderá que opta por readmitir al trabajador demandante."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la mercantil EXCOM CONTROLLINGS ESPAÑA S.A., 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 11 de julio de 2019.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 18 de julio de 2019, a las 10.35 horas, 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 estima íntegramente la demanda interpuesta por el trabajador, y frente a ella se alza la empresa demandada, a la cual se le tuvo por no comparecida al acto del juicio oral celebrado en los autos del que trae causa el presente recurso, habiendo sido citadas en legal forma, recurso que ha sido impugnado de contrario

SEGUNDO: En un primer motivo de recurso de suplicación, que ampara el recurrente correctamente en el apartado a) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), solicita la reposición de los autos al estado en que se encontraban al momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento causantes de indefensión, por entender que la resolución de instancia conculca los artículos 24.1 y 2 de la Constitución Española, en relación con el artículo 7.4, 418.1, 231 de la LEC, artículo 38.2 del Estatuto de la Abogacía Española y sentencias del Tribunal Constitucional número 79/2001, de 26 de marzo, y 285/2000, de 27 de noviembre, citando, además, la sentencia de esta Sala número 33/2005, de 17 de enero, y la del País Vasco de 25 de abril de 2006, al haber vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa e interdicción y prohibición de indefensión, así como los preceptos procesales citados, sosteniendo que, en todo caso, los defectos en el apoderamiento son subsanables.

TERCERO: Para la adecuada solución de la cuestión planteada, hemos de tener en cuenta el iter procesal seguido en los autos de los que trae causa el presente recurso. En primer lugar, no hemos de olvidar que la demanda deducida por el trabajador se admitió a trámite por Decreto de 22 de noviembre de 2018, señalándose los actos de conciliación y juicio para el día 16 de mayo de 2019, a las 11 horas. Ciertamente, tal y como alega el recurrente, la demandada, representada por el Sr. Letrado que suscribe el presente recurso, compareció en procedimiento tramitado ante el Juzgado de procedencia, incorporando escritura pública de apoderamiento otorgado por la mercantil demanda en su favor, que aportó en autos en fecha 4 de abril de 2019, teniéndole por personado mediante diligencia de ordenación de la misma fecha. Pues bien, en esa data, el Juzgado de lo Social número 29 de Madrid (Refuerzo), autos número 235/2019, ya había admitido la demanda en mentados autos, por Decreto de 4 de marzo de 2019, en el que se señalaban los actos de conciliación y juicio para el mismo día 16 de mayo de 2019, sin que citada representación letrada hiciera manifestación alguna, ni en dicha fecha, ni en las posteriores, por ejemplo cuando presentó escrito en fecha 10 de mayo de 2019, adjuntando la documentación requerida por la parte actora. Así las cosas, sin interesar suspensión de clase alguna, el día del acto de juicio no compareció la empresa demandada, ni representante alguno de ésta, limitándose la Sra. Letrada Doña Esperanza Mascot Velasco, a manifestar que venía en sustitución de su compañero, sin aportar apoderamiento de clase alguna de la mercantil llamada al proceso. Ciertamente, el artículo 7.4 de la LEC, establece que por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las represente, y en el supuesto de autos no compareció persona alguna con poder de representación. No estamos ante un defecto del poder de representación subsanable, sino ante falta absoluta de tal, por lo que, del propio modo, no se infringe el artículo 418.1, ni el 231 de la LEC, en relación con el 238.3 de la LOPJ. Del propio modo, no se infringe el artículo 38.2 del Estatuto de la Abogacía Española, en tanto en cuanto en el proceso laboral, en este caso, los Sres. Letrados actúan para la defensa técnica de la parte, a la que también representan. En modo alguno es admisible que la Sra. Letrada pudiera actuar en representación de la mercantil demandada, no teniendo poder alguno para ello. Sí podría haber sustituido al Sr. letrado firmante del recurso como tal, pero no como representante de la demandada. No olvidemos, tal y como hemos adelantado, que en el proceso laboral las partes pueden comparecer por sí mismas y asistidas, en este caso, de Letrado, o pueden otorgar poder a favor de este último (artículos 16.5 y 18 de la LRJS). Lo que no es admisible es que por una persona jurídica comparezca un Letrado



sin poder de representación, pues ello supone su incomparecencia. La incomparecencia de la demandada no es imputable más que a su representación letrada, que tuvo un espacio de tiempo dilatado para prever y resolver su imposibilidad de asistencia a los actos de conciliación y juicio, no habiéndolo hecho, quizás debido a que la solicitud de suspensión en los autos de los que trae causa el presente recurso le habría sido denegada, ex artículo 83.1 de la LRJS, precepto que establece que:

"Sólo a petición de ambas partes o por motivos justificados, acreditados ante el secretario judicial, podrá éste suspender, por una sola vez, los actos de conciliación y juicio, señalándose nuevamente dentro de los diez días siguientes a la fecha de la suspensión. Excepcionalmente y por circunstancias trascendentes adecuadamente probadas, podrá acordarse una segunda suspensión.

En caso de coincidencia de señalamientos, de no ser posible la sustitución dentro de la misma representación o defensa, una vez justificados los requisitos del ordinal 6º del apartado 1 del artículo 188 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previa comunicación por el solicitante a los demás profesionales siempre que consten sus datos en el procedimiento, se procurará, ante todo, acomodar el señalamiento dentro de la misma fecha y, en su defecto, habilitar nuevo señalamiento, adoptando las medidas necesarias para evitar nuevas coincidencias".

CUARTO: En lo que atañe a la cita jurisprudencial, precisamente la sentencia de esta Sala que invoca el recurrente, aplica las sentencias citadas del Tribunal Constitucional, razonando:

<<< (...) la doctrina del Tribunal Constitucional aparece meridianamente clara en la sentencia 79/2001, de 26 de marzo, y en las que en la misma se citan, al decir en su fundamento de derecho sexto y séptimo lo que sigue:

<<.....Y los defectos advertidos en los actos de postulación o representación procesal de las partes son de carácter subsanable (SSTC 163/1985, de 2 de diciembre, F. 3 ; 117/1986, de 13 de octubre, F. 2), por lo que debe conferirse a las partes la posibilidad de salvarlos antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto (en el mismo sentido, SSTC 123/1983, de 16 de diciembre ; 132/1987, de 21 de julio ; 174/1988, de 3 de octubre ; 92/1990, de 23 de mayo ; 213/1990, de 20 de diciembre ; 133/1991, de 17 de junio ; 104/1997, de 2 de junio ; 67/1999, de 26 de abril, F. 5).

7. Así pues, la exigencia de dar lugar a la subsanación del defecto advertido cuando, atendida la "ratio" de su exigencia procesal, éste pueda aún ser reparado sin menoscabo de la regularidad del procedimiento y sin daño de la posición de la parte adversa, y siempre que, en definitiva, no se aprecie una posición negligente o contumaz en el recurrente, no depende de la existencia de previsiones legislativas específicas en cada procedimiento, sino que deriva del contenido normativo del mismo art. 24.1 CE. En el presente caso, según resulta de las actuaciones judiciales, la entidad demandante de amparo y demandada en el proceso "a quo" confirió su representación para comparecer en el procedimiento que se seguía ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid, mediante poder otorgado por comparecencia ante el Secretario del Decanato de los Juzgados de Barcelona, al Letrado don Angel P. G., quien compareció en representación de la demandada en la fecha señalada para la celebración de los actos de conciliación y juicio. El Juzgado de lo Social de Valladolid, cuya decisión confirmó en suplicación la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, tuvo por no comparecida a la demandada, según consta en el Acta del acto de conciliación y en la Sentencia, al no admitir el poder concedido al mencionado Letrado por no haber sido otorgado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 281.3 LOPJ, ante el Secretario del Juzgado que había de conocer del asunto.

En el presente supuesto, por lo tanto, el defecto advertido por el órgano judicial era obviamente subsanable y carecía de trascendencia suficiente para que pudiera merecer una calificación más rigurosa. Por ello, si el Juzgado de lo Social de Valladolid, en la interpretación que ha efectuado de la legalidad, entendía que no se había formalizado debidamente la representación, debía de haber otorgado a la parte la posibilidad de subsanar el defecto advertido antes de tenerla por incomparecida e impedirle el acceso al proceso, lo que, sin embargo, no hizo. Tal posibilidad de subsanación no afectaba a la integridad del procedimiento, ni constreñía el derecho de defensa de la otra parte, ni, en fin, desvirtuaba la finalidad del requisito de la representación procesal dada la explícita voluntad de la demandada de conferir su representación a un determinado Letrado en el procedimiento. Máxime cuando no es apreciable una actitud negligente de la parte en el incumplimiento, tal y como demuestra la voluntad de conferir representación para asistir al juicio o la aportación de la documental requerida después de la vista oral por el órgano judicial que la tuvo por no comparecida. Por ello, esto es, por ser desproporcionada la sanción al defecto procesal acaecido, la decisión del Juzgado de lo Social de Valladolid, confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, impidió injustificadamente el derecho de defensa contradictoria de la demandante de amparo, quien se ha visto privada en la primera instancia de la posibilidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, lesionando con ello su derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE (STC 285/2000, de 27 de noviembre, F. 5)>>.



Con arreglo a dicha doctrina, carece de fundamento la tesis del recurrente, salvo en lo que concierne a su intento por todos los medios a su alcance de celebrar nuevamente el acto de la vista>>>.

Pero en el supuesto examinado por esta Sala en la sentencia expuesta, se daba la circunstancia de que la demanda se dedujo sin poder de representación, pero al acto de la vista oral compareció la parte actora con poder bastante de representación, lo que no ocurre en el presente supuesto. Y en el que resuelve el Tribunal Constitucional, se tuvo por no comparecida a la demandada, al no admitir el poder concedido al Letrado por no haber sido otorgado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 281.3 LOPJ, ante el Secretario del Juzgado que había de conocer del asunto. A saber, por un defecto del poder que sí era subsanable. En el caso ahora examinado el poder de representación es inexistente.

En este sentido, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015, que nos enseña:

<< El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a una cuestión similar a la ahora planteada y lo ha hecho en la sentencia 195/1999, de 25 de octubre, en los siguientes términos:

"Como ya señalara la STC 21/1989 (en relación con el precedente art. 74 L.P.L. de 1980), el art. 83.2 L.P.L. "contempla una especie de desistimiento tácito en el que no hay manifestación o decisión expresa de retirarse del proceso, sino únicamente una presunción de abandono de la acción ejercitada fundada en la incomparecencia del actor. Esta presunción, como todas las que admiten prueba en contrario, podría ser destruida por el interesado mediante actos o pruebas que mostraran inequívocamente su voluntad de continuar el proceso o su oposición a la conclusión del mismo" (fundamento jurídico 3º).

En este sentido la doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha favorecido una interpretación flexible y antiformalista de esta norma (SSTC 237/1988, 21/1990, 9/1993, 218/1993, 373/1993, 86/1994, 196/1994), congruente con el propósito del legislador, que no es otro que el de restringir en lo posible las suspensiones inmotivadas o solapadamente dilatorias (STC 3/1993), si bien también hemos advertido que tal interpretación no puede amparar actitudes carentes de la diligencia debida por parte del interesado, lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, de la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas o a la regularidad, buen funcionamiento y, en definitiva, integridad objetiva del proceso (SSTC 373/1993, 86/1994, 196/1994).

Así, en cuanto a la causa de incomparecencia, se ha precisado que la mera alegación de una causa o motivo justificado no basta, ni conlleva ipso iure la suspensión del juicio (STC 373/1993); por el contrario, la realidad de lo expresado ha de ser averada, con eficacia probatoria y fuerza de convicción suficiente para llevar al ánimo del juzgador la veracidad de la circunstancia impeditiva de la asistencia (SSTC 3/1993, 196/1994) y, en todo caso, es al órgano judicial a quien corresponde apreciar la concurrencia de las circunstancias imposibilitantes de la comparecencia del actor para acordar la suspensión del juicio, decisión que no admite discrecionalidad alguna pues se ha de adoptar en función de circunstancias concretas, probadas e idóneas para justificar la suspensión, adecuación que es revisable en vía de recurso (SSTC 237/1988, 9/1993). Habiéndose también exigido que la decisión judicial de considerar desistido al demandante y concluso el proceso se produzca mediante resoluciones que se pronuncien motivadamente sobre la causa de la incomparecencia, la forma y el momento de su justificación (SSTC 130/1986, 21/1989, 9/1993, 218/1993, y 196/1998).

Concretamente, este Tribunal ya ha declarado que la enfermedad constituye uno de los hechos que entran en el ámbito de ese concepto jurídico indeterminado cobijado bajo la rúbrica de "justa causa", concepto que no permite el libérrimo arbitrio judicial (STC 9/1993).

Por lo que respecta al momento procesal oportuno en el que la causa de la incomparecencia ha de ser puesta en conocimiento del órgano judicial, este Tribunal ha señalado que el art. 83.2 L.P.L. "exige como presupuesto para la posible suspensión de los actos señalados el aviso previo. De la incomparecencia sin aviso previo se deduce una voluntad de abandono de la acción o pretensión. Así, el aviso previo procesal se convierte en una exigencia procesal, cuyo cumplimiento, salvo circunstancias imposibilitantes, deviene ineludible, sin que pueda dejarse su cumplimiento al arbitrio de las partes, pues se trata de un requisito de orden público, por lo que escapa al poder de decisión de las partes. La consecuencia que se anuda a la incomparecencia sin aviso previo, a saber, el tener por desistido, es una sanción proporcionada a la garantía de obtener un proceso sin dilaciones indebidas, y al derecho a la tutela judicial de la contraparte, sin que pueda subsanarse un vicio de esta naturaleza porque se sacrificaría la regularidad y el buen funcionamiento del proceso" (STC 373/1993, fundamento jurídico 4º). Aunque también se ha admitido, con carácter excepcional, la justificación a posteriori de la causa de inasistencia concurrida cuando, concretamente, la enfermedad constituya un acontecimiento imprevisible, que además a tenor de las circunstancias concurrentes tenga una capacidad obstativa o paralizante de la actividad normal del sujeto (SSTC 21/1989, 9/1993 y 218/1993)>>>.

Concluye el Alto Tribunal, en la sentencia en parte transcrita, afirmando que en el supuesto examinado, en el poder de representación aportado por el Sr. Letrado la empresa demandada no solo otorgó poder al citado



letrado, sino a otros dos más, siendo que "Para admitir, como causa justa de suspensión del juicio, que no cabía la sustitución, el letrado D. L.T.R. tenía que haber acreditado, en el momento de solicitar la suspensión, que dichos letrados no prestan servicios como letrados para la demandada Seguriber SLU, lo que no efectuó. No procede la acreditación "a posteriori" de tal dato, ya que no se trata de una circunstancia sobrevenida o imposible de acreditar en el momento de pedir la suspensión, como puede ser el supuesto de una enfermedad, sino que tal circunstancia ya concurría en el momento de la solicitud".

En el caso sometido a la consideración de esta Sala, en el poder notarial aportado en autos figuran ocho Letrados más que podrían haber comparecido al acto de la vista pública, siendo que la Letrada que compareció, supuestamente representando a la demandada, carecía de poder alguno en dicha data y en la del dictado de la presente resolución, aunque el recurrente manifiesta ahora, sin acreditarlo, que sí tenía poder de la empresa, pero no lo llevaba consigo, tal y como alega el impugnante.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO: En los motivos segundo y tercero del recurso articulado por la demandada, amparados respectivamente, en los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS , la parte disconforme pretende variar los hechos probados segundo, intentando modificar la cuantía del salario que percibía el trabajador al tiempo del despido, la categoría profesional, y que el trabajador reconocía en su demandada los hechos en los que se sustentaba el despido, efectuando las alegaciones que estima por conveniente. Y, en el motivo tercero, viene a exponer las razones por las que considera que el despido ha de declararse procedente, con cita de los artículos 54.2.d) y 55.4 del ET y los preceptos que cita del Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos de la Comunidad de Madrid. Pero, en tales cuestiones esta Sala no puede entrar, en tanto en cuanto no se realizaron en la instancia. La parte actora aportó suficientes medios de prueba, valorados por el órgano de instancia, ex artículo 97.2 de la LRJS , incluida la incomparecencia de la demandada para la práctica de la prueba de interrogatorio de parte, pese a estar citada en legal forma, artículo 91.1 de la LRJS , y el informe pericial emitido por psicólogo, para acreditar que su participación en un campeonato de culturismo, lejos de resultarle perjudicial para el tratamiento de su problema de estrés y ansiedad, le fue beneficioso psíquicamente, sin que, del propio modo, de ello se haya de deducir que el trabajador estaba recuperado de la afección que motivó la situación de baja laboral. No olvidemos lo que la recurrente invocó en la carta de despido, teniendo en cuenta que la realización de actividades en situación de baja laboral no suponen automáticamente una infracción muy grave sancionable con el despido, como parece entender la recurrente cuando afirma que el trabajador reconoció los hechos que se le imputaban en la carta de despido.

En definitiva, en cuanto a las cuestiones fácticas y jurídicas que ahora plantea el recurrente, su examen nos está vedado. No pueden prosperar porque no se hizo en la instancia y, por tanto, no pudieron ser contestadas 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 , 8 de octubre de 2012 , entre otras.

En este mismo sentido, nos enseña la reciente Sentencia de 10 de mayo de 2016, Rec. 3409/2014, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo , en relación al recurso de casación para la unificación de doctrina, pero aplicable al de suplicación, dada la compartida naturaleza de recurso extraordinario:

<< Como ha señalado esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 5 de febrero y 30 de marzo de 2010 (RcuD 531/09 y 1936/09) y en la de 20 de enero de 2011 (RcuD 1724/2010) "Constituye jurisprudencia constante que la alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación, y, concretamente, en la esfera del recurso de casación para la unificación de doctrina, hemos sostenido que (STS 5-11-1993; R. 3090/92 ; 7-5-1996, R. 3544/96 ; 17-2-1998, R. 812/97 ; 14-6-2001, R. 1992/00 ; 31-1-2004, R. 243/03 ; 13-2- 2008, R. 4348/06 ; 13-5-2008, R. 1087/06 ; y 26-10- 2009, R. 2945, entre otras muchas) todo motivo formulado en este recurso, que no coincida con el recurso de suplicación, constituye una cuestión nueva , dado que la identidad, a efectos de la contradicción exigida en el art. 217 LPL , se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto "el término de referencia en el juicio de contradicción" es "una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación" (TS 31-1-2004 , R. 243/03)" (entre otras, SSTS/ IV 24-junio-2011 - rcud 3460/2010 Pleno y 13-mayo-2014 - rcud 3460/2010); y, además, se reitera que en casación unificadora no se pueden plantear -tanto por el carácter extraordinario del recurso como por la



garantía de defensa de las partes- aquellas cuestiones que no fueron suscitadas en suplicación (tampoco lo fue en instancia...), aunque hubieran sido tratadas en la instancia, pues es sobre las planteadas y resueltas en suplicación sobre las que únicamente se puede articular la casación unificadora, salvo excepciones vinculadas a temas de decisión que se hubieran introducido directamente por la sentencia de suplicación que fuera combatida (SSTS 17/12/91 -rcud 1013/91 ;... 28/05/13 -rcu 52/12 ; y 24/09/14 -rcud 1522/13) (STS/IV 21-abril-2015 -rcud 1071/2014 , Pleno). >>.

En cualquier caso, concretamente para el recurso de suplicación, nos ilustra la sentencia de 22 de abril de 2016, Rec. 168/2015 :

<< Estamos de esta forma ante una cuestión nueva, cuyo conocimiento ha sido sustraído a la sala de instancia que se ha visto imposibilitada de pronunciarse sobre la misma, así como se ha privado a la contraparte de realizar alegaciones y aportar, en su caso, prueba en contrario. Como recuerda nuestra sentencia de 13 de mayo de 2013 (rec.- 239/2011) , es reiterada la 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 -rcu 95/07 ; 18/03/09 -rcu 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)" >>>.

En consecuencia, por lo hasta aquí razonado, la sentencia de instancia ha de ser confirmada, previa la desestimación del recurso interpuesto.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS, el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa EXCOM CONTROLLINGS ESPAÑA S.A. contra la Sentencia de fecha 17 de mayo de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº4 de Badajoz , en sus autos nº781/2018, seguidos a instancia de D. Luis María frente a la parte recurrente, por despido disciplinario, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia de instancia.

Se decreta la pérdida del depósito y la consignación constituidos por la empresa para recurrir a los que, una vez firme la presente resolución y por el juzgado de procedencia, se les dará el destino legal.

Se imponen las costas causadas en el presente recurso a la recurrente, en las que se incluirán los honorarios de Letrado del trabajador impugnante, en la cuantía de 400 euros.

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 Nº 1131 0000 66 0418 19., 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ