

# **Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 6ª, Sentencia 567/2022 de 19 Sep. 2022, Rec. 318/2022**

**Ponente: Molina Gutiérrez, Susana María.**

**Nº de Sentencia: 567/2022**

**Nº de Recurso: 318/2022**

**Jurisdicción: SOCIAL**

ECLI: *ES:TSJM:2022:10959*

Si conoce el número, la empresa debe utilizar el WhatsApp para comunicar la reincorporación al trabajo

DESPIDO DISCIPLINARIO. Improcedente despido del trabajador que estaba en ERTE y fue requerido varias veces para reincorporarse mediante correo electrónico y burofax al domicilio que había facilitado, pero ni consta que recibiera el correo electrónico ni tampoco el burofax, que no pudo ser entregado por desconocido. La empresa tenía a su disposición el WhatsApp del empleado y estaba en el deber de agotar esta vía de comunicación. De hecho, sí se comunica vía WhatsApp cuando le notifica el despido disciplinario por no acudir a trabajar durante seis días.

El TSJ Madrid estima el recurso de suplicación interpuesto, revoca sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid y declara que el despido es improcedente.

## **TEXTO**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

**NIG:** 28.079.00.4-2021/0063662

**ROLLO Nº : 318/22**

**TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPLICACIÓN**

**MATERIA: DESPIDO**

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL Nº 17 de MADRID

Autos de Origen: 703/2021

RECURRENTE/S: D. Fulgencio

**RECURRIDO/S: VERGARA 14 S.L. Y FOGASA**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID, a diecinueve de septiembre de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos/as. Sres/as. **D. MANUEL RUIZ PONTONES, PRESIDENTE, DÑA. SUSANA MARIA MOLINA GUTIERREZ y D. JACOB JIMÉNEZ GENTIL**, Magistrados/as, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 567**

En el recurso de suplicación nº 318/22 interpuesto por el Letrado D. ANTONIO RAMÓN GASSOT SÁNCHEZ, en nombre y representación de **D. Fulgencio**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de MADRID, de fecha 12 DE ENERO DE 2022, ha sido Ponente la Ilma. **Dña. SUSANA MARIA MOLINA GUTIERREZ**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº 703/2021 del Juzgado de lo Social nº 17 de los de Madrid, se presentó demanda por D. Fulgencio contra VERGARA 14 S.L. y FOGASA, en reclamación de DESPIDO, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en 12 DE ENERO DE 2022, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*" Que desestimando la demanda formulada por D. Fulgencio contra VERGARA 14, S.L., debo declarar y declaro procedente el despido de la parte actora, absolviendo a la parte demandada de las peticiones formuladas."*

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

*"PRIMERO.- El demandante ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada con una antigüedad de 3-5-18, con la categoría profesional de Ayudante de camarero, y percibiendo un salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.254,60 euros.*

*SEGUNDO.- El trabajador estaba en ERTE y el día 27-4-2021 la empresa le envía un correo electrónico bajo el asunto "Comunicación reincorporación", indicando:*

*"Por medio del presente le adjuntamos burofax en el que se le notifica su reincorporación.*

*Fecha de reincorporación: viernes 30 de abril de 2021.*

*En el adjunto encontrará toda la información de su interés.*

*Ruego confirmación de recepción, lectura y asistencia.*

*Un saludo". (doc. 3 de la empresa)*

*El mismo día le envió un burofax al domicilio facilitado por el trabajador (no entregado por desconocido) comunicándole su reincorporación al puesto de trabajo el 30-4-2021 con jornada de 20 horas semanales. (doc. 7 de la empresa)*

*TERCERO.- El día 1-5-2021 la empresa envía al acto un nuevo correo electrónico bajo el asunto "SEGUNDA comunicación reincorporación", con el siguiente texto:*

*"Por medio del presente le adjuntamos segundo burofax que enviamos al domicilio de notificaciones que nos facilitó a la firma del contrato.*

*En el adjunto se le notifica el segundo intento de notificación de su reincorporación.*

*En el adjunto encontrará toda la información de su interés.*

*Ruego confirmación de recepción, lectura y asistencia.*

*Un saludo". (doc. 4 de la empresa)*

*El mismo día le envió un burofax (resultando devuelto por desconocido), indicando que "como quiera que desde la fecha 30-4-2021 usted no se ha presentado a su puesto de trabajo tras haber sido notificada su reincorporación del ERTE, ni ha presentado justificante de su ausencia, le ruego que justifique su ausencia de la manera legal oportuna en el plazo de 48 horas.*

*En caso de transcurrir el plazo indicado y no recibir justificante alguno acreditando el motivo que justifique dichas ausencias, entenderemos que no quiere seguir prestando sus servicios, por lo*

que procederemos a tramitar su baja en la empresa con carácter inmediato". (doc. 8 de la empresa).

**CUARTO.-** El día 5-5-2021 la empresa envía al acto un nuevo correo electrónico bajo el asunto "Comunicación Burofax Fulgencio", con el siguiente texto:

"Por medio del presente le adjuntamos burofax enviado el día de hoy al domicilio de notificaciones que nos facilitó a la firma del contrato, en el que se le notifica su baja en la empresa por despido disciplinario.

Tiene a su disposición en las oficinas de la mercantil toda la documentación laboral de su interés..." (doc. 5 de la empresa)

El mismo día le envía un burofax (resultando devuelto por desconocido), con el siguiente texto:

"Mediante la presente le comunicamos que como quiera que desde con fecha 27.04.21 la cual fue notificado para que se incorporara de su situación de ERTE con fecha 30.04.21, y que con fecha 01.05.21 se le volvió a comunicar por burofax solicitándole que justificase el motivo e sus ausencias, la cual a fecha de hoy seguimos sin recibir noticia alguna.

A fecha de hoy esta empresa no ha recibido justificación documental de tales ausencias y es más, ha continuado faltando a su puesto de trabajo sin alegar ningún tipo de causa ni motivo.

Por lo tanto, usted ha faltado a su puesto de trabajo un total de 6 días.

El artículo 40 apartado 1 del V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, establece literalmente que es Falta muy grave

"Se considerarán faltas muy graves:

1. Tres o más faltas de asistencia al trabajo, sin justificar, en el periodo de 30 días, diez faltas de asistencia en el periodo de seis meses o veinte durante un año".

2. Por tanto usted ha cometido una falta muy grave.

3. Es por ello por lo que la empresa ha decidido adoptar la decisión del despido con fecha de la presente por la comisión de la falta muy grave. La sanción impuesta encuentra su fundamento en el artículo 41 apartado 1 c del citado texto legal..." (doc. 9 de la empresa).

**QUINTO.-** El 5-5-2026 el demandante recibe un SMS de la TGSS comunicándole la baja en Seguridad Social.

*El 6-5-21 el actor escribe un WhatsApp a la empresa indicando "me llego un mensaje que me dieron de baja ¿Cuándo paso a por mi finiquito?", a lo que le contestan que llame a la oficina.*

*El 7-5-2021 el actor llama a la oficina y le comunican que ha sido despedido por ausencias injustificadas al puesto de trabajo, y le citan para el día 14-5-2021 para recoger la documentación*

*El 17-5-2021 se persona el demandante en la empresa y le hacen entrega de la nómina de mayo y del certificado de empresa (doc. 1 y 2 de la empresa).*

**SEXTO.-** *La parte demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.*

**SÉPTIMO.-** *Se ha intentado la conciliación en el SMAC."*

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 14.09.22.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Frente a la Sentencia de instancia que desestimando la demanda declara la procedencia del despido operado por la entidad demandada con efectos de 5 de mayo de 2020; se alza en suplicación la representación procesal de Don Fulgencio destinando su primer motivo de recurso, construido sobre la letra b) del [artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#), a la rectificación del relato de hechos probados contenido en la sentencia de instancia, interesando la "reinterpretación" del hecho probado quinto, instando de esta Sala que "se admita toda la prueba presentada al completo a fin de determinar que la forma habitual de la empresa para todas las comunicaciones durante la vigencia del contrato de trabajo fue mediante WhatsApp o llamadas telefónicas".

Como señala la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, por todas Sentencia de 25 de enero de 2005, "...constante doctrina de esta Sala expresiva de que la revisión de hechos probados -de singular importancia, en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos (por todas, STS 4 de febrero de 1998 y 17 de septiembre de 2004):

1º.- Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

2º.- Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.

3º.- Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

4º.- Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación.

Según reiterada doctrina, para que pueda prosperar la revisión de hechos de la sentencia es preciso, que los documentos o pericias en que se sustenta la revisión de los hechos (únicas pruebas hábiles a tal efecto, según los [arts. 191 b\) \(LA LEY 1444/1995\)](#) y [194.3 de la LPL \(LA LEY 1444/1995\)](#), en la actualidad 193 b de la [LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#)) pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; debiendo tenerse en cuenta que no todo documento es idóneo para fundar la revisión fáctica, sino aquel que, reuniendo las características antes descritas, presente las necesarias condiciones de ser fehaciente y de contenido indiscutible, condiciones que no reúnen las fotocopias de documentos, tal como tiene establecido reiterada doctrina jurisprudencial ( sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1990 , 25 de febrero de 1991 y 23 de marzo de 1994)...".

Atendiendo a la doctrina más arriba referida, el motivo fracasa por la defectuosa técnica procesal con que se construye, no sólo porque no ofrece quien recurre texto o alternativo alguno para el hecho que combate; sino porque se limita a perseguir de este Tribunal que se supla la actividad de admisión y valoración de prueba que tiene atribuida en exclusiva el juzgador de instancia, de conformidad con lo dispuesto por el [artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#) (por todas la Sentencia de la Sala Cuarta de 18/11/1999 [RJ 1999\8742]).

**SEGUNDO:** Dedicar el actor sus restantes motivos de recurso, contruidos sobre la letra c) del [artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#), al examen del derecho sustantivo y la doctrina jurisprudencial aplicados por el magistrado de instancia, por cuanto considera infringida la doctrina jurisprudencial que cita en relación con el artículo 42 del

RD 1829/1999 (LA LEY 4926/1999) que regula la prestación de servicios postales, en tanto en cuanto que el desconocimiento del contenido de los burofaxes remitidos por la empresa no respondió a causa imputable al actor, debiendo haber procedido la compañía a comunicar al actor su cese por vía de WhatsApp, pues ese es el cauce por el que comunicó su adscripción al ERTE.

Se opone la compañía a la estimación del recurso indicando que la doctrina referenciada por el actor no resulta aplicable al caso que nos ocupa, pues en él no existía un cambio de domicilio no comunicado a la empleadora; refiriéndose el plazo de 30 días disciplinado el RD que se cita como infringido a los tiempos para considerar iniciado el cómputo del plazo de caducidad para ejercitar la acción de despido.

Planteado el debate en estos términos, la primera cuestión que ha de reseñar la Sala es que el actor introduce por primera vez en esta extraordinaria sede el argumento relativo a la infracción por parte de la empleadora de la normativa que disciplina las comunicaciones postales, no habiendo argumentado nada al respecto en su escrito de demanda, en la cual sustenta toda su oposición al acto de despido en el hecho de haber tenido que notificarle aquélla su cese por el sistema de WhatsApp y no por vía postal. Por tanto tal cuestión aparece en esta sede como cuestión novedosa, respecto de la cual la STS 422/2017 de 12 mayo (LA LEY 53522/2017) (DC Santa Bárbara), con cita de abundante doctrina, recuerda que "no pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan suscitado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas en ese recurso. Esta regla tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español. Se recuerda que el epígrafe VI de la LEC precisa que "[la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#) sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias con la vista puesta, ... en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso"; y el art. 216 de este mismo cuerpo legal, que se intitula "principio de justicia rogada", dispone que "los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales". Y el [artículo 218.1 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) dispone que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

Más en concreto ha de excluirse toda cuestión novedosa 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.

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, sea al formalizarlo, sea al impugnarlo".

**TERCERO:** Y aclarado lo anterior, ha de partir la Sala del inalterado relato de hechos probados del que se desprende el siguiente estado de cosas: el demandante ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada con una antigüedad de 3-5-18, con la categoría profesional de Ayudante de camarero, y percibiendo un salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.254,60 euros (hecho probado primero).

Don Fulgencio estaba en ERTE y el día 27-4-2021 la empresa le envía un correo electrónico bajo el asunto "Comunicación reincorporación", indicando: "*Por medio del presente le adjuntamos burofax en el que se le notifica su reincorporación.*"

*Fecha de reincorporación: viernes 30 de abril de 2021.*

*En el adjunto encontrará toda la información de su interés.*

*Ruego confirmación de recepción, lectura y asistencia.*

*Un saludo".*

*El mismo día le envió un burofax al domicilio facilitado por el trabajador (no entregado por desconocido) comunicándole su reincorporación al puesto de trabajo el 30-4-2021 con jornada de 20 horas semanales (hecho probado segundo).*

*El día 1-5-2021 la empresa envió al actor un nuevo correo electrónico bajo el asunto "SEGUNDA comunicación reincorporación", con el siguiente texto: " Por medio del presente le adjuntamos*



*segundo burofax que enviamos al domicilio de notificaciones que nos facilitó a la firma del contrato.*

*En el adjunto se le notifica el segundo intento de notificación de su reincorporación.*

*En el adjunto encontrará toda la información de su interés.*

*Ruego confirmación de recepción, lectura y asistencia.*

*Un saludo".*

*El mismo día le envió un burofax (resultando devuelto por desconocido), indicando que "como quiera que desde la fecha 30-4-2021 usted no se ha presentado a su puesto de trabajo tras haber sido notificada su reincorporación del ERTE, ni ha presentado justificante de su ausencia, le ruego que justifique su ausencia de la manera legal oportuna en el plazo de 48 horas.*

*En caso de transcurrir el plazo indicado y no recibir justificante alguno acreditando el motivo que justifique dichas ausencias, entenderemos que no quiere seguir prestando sus servicios, por lo que procederemos a tramitar su baja en la empresa con carácter inmediato" (hecho probado tercero).*

*El día 5-5-2021 la empresa remitió al trabajador un nuevo correo electrónico bajo el asunto "Comunicación Burofax Fulgencio", con el siguiente texto:*

*"Por medio del presente le adjuntamos burofax enviado el día de hoy al domicilio de notificaciones que nos facilitó a la firma del contrato, en el que se le notifica su baja en la empresa por despido disciplinario.*

*Tiene a su disposición en las oficinas de la mercantil toda la documentación laboral de su interés..." (hecho probado cuarto).*

*El mismo día le envía un burofax (resultando devuelto por desconocido), con el siguiente texto: "Mediante la presente le comunicamos que como quiera que desde con fecha 27.04.21 la cual fue notificado para que se incorporara de su situación de ERTE con fecha 30.04.21, y que con fecha 01.05.21 se le volvió a comunicar por burofax solicitándole que justificase el motivo e sus ausencias, la cual a fecha de hoy seguimos sin recibir noticia alguna.*

*A fecha de hoy esta empresa no ha recibido justificación documental de tales ausencias y es más, ha continuado faltando a su puesto de trabajo sin alegar ningún tipo de causa ni motivo.*

*Por lo tanto, usted ha faltado a su puesto de trabajo un total de 6 días.*

*El artículo 40 apartado 1 del V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, establece literalmente que es Falta muy grave*

*"Se considerarán faltas muy graves:*

*1. Tres o más faltas de asistencia al trabajo, sin justificar, en el periodo de 30 días, diez faltas de asistencia en el periodo de seis meses o veinte durante un año".*

2. Por tanto usted ha cometido una falta muy grave.

3. Es por ello por lo que la empresa ha decidido adoptar la decisión del despido con fecha de la presente por la comisión de la falta muy grave. La sanción impuesta encuentra su fundamento en el artículo 41 apartado 1 c del citado texto legal..." (hecho probado cuarto).

El 5-5-2026 el demandante recibió un SMS de la TGSS comunicándole la baja en Seguridad Social. El 6-5-21 el actor escribe un WhatsApp a la empresa indicando "me llevo un mensaje que me dieron de baja ¿Cuándo paso a por mi finiquito?", a lo que le contestan que llame a la oficina. El 7-5-2021 el actor llamó a la oficina comunicándole que había sido despedido por ausencias injustificadas al puesto de trabajo, y le citan para el día 14-5-2021 para recoger la documentación (hecho probado quinto)

**CUARTO:** Sentado el anterior estado de cosas, hemos de indicar que parte *quien recurre, y sobre ello construye el peso de su argumentación, de una realidad que no ha resultado acreditada cual es el hecho de haber fijado la compañía como vía de comunicación habitual y preferente con su plantilla, durante el tiempo de vigencia del ERTE al que se encontraba afecto el actor, la de WhatsApp. Tal circunstancia no se declara como probada* en la sentencia que nos ocupa, por lo que el actor se limita a hacer supuesto de la cuestión, esto es, parte de hechos no declarados probados en la sentencia de instancia para aplicar la norma que invoca como infringida y obtener un resultado distinto. Y como dice la sentencia de la Sala de lo Civil de 19 de mayo de 2005, reiterando doctrina, "no cabe en casación hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos distintos de los que ha declarado acreditados la sentencia de instancia,

pues ello sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria y, especialmente, de la valoración de la prueba realizada en la instancia, que corresponde exclusivamente a ésta. Lo cual, que también coincide con el concepto y la función de la casación, ha sido mantenido por reiterada jurisprudencia: así, sentencias de 17 de mayo de 2000, 3 de mayo de 2001, 21 de noviembre de 2002 "(por todas, sentencia de la Sala Cuarta de 15 de mayo de 2007, recurso 44/2006).

Aclarado, y pese a lo anterior, resulta acreditado que la compañía hasta en cuatro ocasiones, y por dos cauces de comunicación distintos (correo electrónico y postal en la dirección facilitada por el trabajador como "su domicilio"), trató de notificar al actor la fecha de su desafectación del ERTE en que se encontraba incluido, informándole de su deber de reintegrarse a su puesto de trabajo en fecha 30 de abril de 2021. No obstante lo anterior, dichas comunicaciones postales fueron devueltas por los funcionarios de correos al resultar desconocido el destinatario, si bien no consta que el Sr, Fulgencio no accediera a las digitales (pues se afirma en el fundamento segundo de la sentencia que "No consta si el demandante leyó o no el correo electrónico").

*Fue transcurridos seis días desde la fallida fecha de reingreso cuando la compañía opta por comunicarse con el trabajador vía aplicación de WhastApp, a la cual sí dio respuesta el trabajador limitándose a interesarse por su finiquito, pero sin cuestionar las causas que determinaron su baja; ni dando tampoco razón de su paradero o de un domicilio real a efectos de comunicaciones con la compañía.*

*Por consiguiente, fue el día 5 de mayo de 2021 cuando el actor por primera vez tomo conocimiento cabal y efectivo de su deber de reincorporación a la empresa; así como del mismo hecho de su despido; y con independencia del contenido de lo más o menos escueto de su respuesta telemática, lo que no cabe desconocer es que hasta ese tiempo no resulta acreditado que el Sr. Fulgencio fuera conocedor de la orden empresarial de reingreso.*

Y llegados a este punto conviene recordar que el [artículo 55.1 del ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) dispone que el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Añade el apartado cuarto de la norma que el despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1.

Y la expresión "ser notificado" ha sido interpretada por la doctrina jurisprudencial señalando que "cuando el trabajador impide con su conducta la recepción de la carta de despido, no cabe imputar a la empresa un incumplimiento del requisito de notificación de la carta. Así la STS de 12 de marzo de 1986 ha establecido: "El sexto motivo que se ampara en el núm. 1 del artículo 167 de la Ley Procesal Laboral, alega violación por omisión del [artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#), que ordena que el despido sea notificado por escrito en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto. En este sentido y reiterando cuanto se ha anticipado, hay que señalar lo siguiente: A) El requisito formal ha de entenderse cumplido si el empresario utiliza las fórmulas que puedan considerarse inequívocamente idóneas para que la decisión llegue a conocimiento del trabajador, y B) La conducta deliberadamente rebelde de este último a recibir y conocer el contenido de la Carta, no puede servir para impugnar su existencia en los términos establecidos en la Ley".

*La doctrina referida impone al empresario, ante la trascendencia de la medida sancionadora que se disponía a imponer, el deber de agotar diligentemente los mecanismos regulares de comunicación que obraban a su alcance, entre los que se encontraba el de WhatsApp. No se comprende que sólo acuda a esta vía para informar al trabajador de su cese, y no antes para requerirle para su reintegro a su puesto de trabajo. Si procedió a comunicar esta circunstancia vía telemática y postal, bien pudo también haber acudido al uso de dicha aplicación de mensajería, la cual tenía a su acceso como evidenció el hecho de haber sido dicho cauce para comunicar el despido.*

En definitiva, no pudiendo colegir que el actor se ausentara de manera voluntaria de su puesto de trabajo en los términos exigidos por la norma convencional que se cita en la comunicación extintiva (artículo 40.1 del Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de la hostería, en cuya virtud constituye falta muy grave "Tres o más faltas de asistencia al trabajo, sin justificar, en el período de treinta días, diez faltas de asistencia en el período de seis meses o veinte durante un año") el recurso ha de ser estimado y, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 56 del ET \(LA LEY 16117/2015\)](#),. Procede declarar la improcedencia del despido operado por la demandada con efectos de 5 de mayo de 2021, debiendo optar aquélla en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre readmitir al actor en las mismas condiciones de las que venía disfrutando al tiempo de su cese con abono de ellos salarios de tramitación dejados de percibir desde dicho momento hasta el de su efectiva reincorporación a razón de 41,25 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 4196,89 euros.

**QUINTO:** La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.

Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en recurso de suplicación y de mil ochocientos euros en recurso de casación. En el presente procedimiento, no procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de Don Fulgencio contra la sentencia dictada por el Juzgado de los Social nº 17 de Madrid el 12 de enero de 2022; sobre despido; y revocando el fallo de la sentencia de instancia DECLARAR la improcedencia del despido del actor, debiendo optar la compañía demandada en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre readmitir al actor en las mismas condiciones de las que venía disfrutando al tiempo de su cese con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde dicho momento hasta el de su efectiva reincorporación a razón de 41,25 euros diarios, o a que le indemnice en la cantidad de 4196,89 euros. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará 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 [arts. 220 \(LA LEY 19110/2011\)](#), [221 \(LA LEY 19110/2011\)](#) y [230 de la L.R.J.S \(LA LEY 19110/2011\)](#), advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al [art. 229.1 b\) de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber

efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 031822 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. 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. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 031822), 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. \(LA LEY 19110/2011\)](#)).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta 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.