



Sección: JMR

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO  
SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15  
Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc.

origen: 0000584/2017-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 3 de Santa Cruz  
de Tenerife

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000312/2018

NIG: 3803844420170004248

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 001038/2018

Intervención:

Recurrente

Interviniente:

[REDACTED]

Abogado:

[REDACTED]

Recurrido

FOGASA

[REDACTED] S.L.

FOGASA

ANTONIOALEXANDERHERRERAGARCIA

## SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-PARODI PASCUA

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL (Ponente)

D./D<sup>a</sup>. FÉLIX BARRIUSO ALGAR

En Santa Cruz de Tenerife, a 19 de octubre de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, compuesta por los Ilmos.  
Sres. citados al margen.

## EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

En el rollo de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> [REDACTED] contra la sentencia de  
fecha 5 de febrero de 2018, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 3 de los de Santa Cruz  
de Tenerife en los autos de juicio 584/2017 sobre despido, ha actuado como Ponente el Ilmo.  
Sr. D. EDUARDO RAMOS REAL.





## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Según consta en autos se presentó demanda por [REDACTED] contra la empresa "[REDACTED] SL" y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y que en su día se celebró la vista, dictándose sentencia con fecha 5 de febrero de 2018 por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 3 de los de Santa Cruz de Tenerife.

**SEGUNDO.-** En la sentencia de instancia y como hechos probados se declararon los siguientes:

*PRIMERO.- Dña. [REDACTED], mayor de edad, con DN [REDACTED] inició su relación laboral con [REDACTED], SL en fecha 16 de diciembre de 2005, en virtud de contrato de trabajo temporal, transformado en indefinido en fecha 1 de septiembre de 2006, a tiempo completo de 40 horas semanales, con la categoría de ayudante de dependienta y salario bruto prorrateado de 1.002,35 euros al mes. En las cláusulas adicionales del contrato se estableció: "PRIMERA.- El trabajador acepta de forma libre y voluntaria el realizar su trabajo en régimen de turnos, así como a variar de centro de trabajo por circunstancias organizativas, técnicas o productivas" (Folios 1 y 2 del ramo de prueba de la parte demandada). SEGUNDO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior a su despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical (hecho no controvertido). TERCERO.- El día 25 de mayo de 2017 la empresa demandada envió al trabajador demandante carta de despido disciplinario, fechada el día 25 de mayo de 2017, con efectos el 25 de mayo de 2017 por la comisión de una falta tipificada como muy grave según el art. 26.3 del del Convenio Colectivo de la Boutique del Pan de la provincia de Santa Cruz de Tenerife. El contenido de la carta de despido se da por enteramente reproducido en el presente hecho probado y se destacan los siguientes hechos extremos: "(...) ha tomado la decisión de proceder a su extinción del contrato laboral que le une a esta mercantil mediante despido disciplinario con efectos inmediatos desde el día de hoy, 25 de mayo de 2017, como consecuencia de sus repetidas e injustificadas faltas de asistencia, según el desglose que le detallamos a continuación: - Jueves 17 de mayo de 2017 de 6:00 a 14:00 horas. - Sábado 20 de mayo de 2017 de 9:00 a 17:00 horas. - Domingo 21 de mayo de 2017 de 9:00 a 17:00 horas. - Lunes 22 de mayo de 2017 de 14:00 a 22:00 horas. - Martes 23 de mayo de 2017 de 14:00 a 22:00 horas (...). Sin lugar a dudas su comportamiento se encuentra tipificado como falta muy grave, según establece el art. 26.3: "las faltas de más de un día de ausencia al puesto de trabajo sin previa comunicación y justificación expresa" (Folios 26 y 27 del ramo de prueba de la parte demandada). CUARTO.- La relación entre el actor y la empresa demandada se rige por lo dispuesto en el Convenio Colectivo del Comercio y las Industrias de Pastelería, Confitería, Bollería, Heladería Artesanal, Repostería, Pastelería Salada y Panadería Artesanal (Boutique del Pan) de la provincia de Santa Cruz de Tenerife (Hecho no controvertido). QUINTO.- Los trabajadores de la empresa demandada de la misma categoría y grupo profesional que la actora siguen un turno variable de mañana o de tarde, según la situación concreta de ventas y clientela del establecimiento en el que prestan sus servicios. El turno concreto a realizar se comunicaba a la actora y al resto de trabajadores por medio del TPV (terminal) situado en el establecimiento, con una semana de antelación (testifical de Dña.*





██████████ y de ██████████, cuadrantes aportados a los folios 12 a 15 del ramo de prueba de la parte demandada). **SEXTO.-** La empresa demandada comunicó a la actora por medio del TPV de la Boutique del Pan de Güímar su turno para las semanas del 15 al 21 de mayo de 2017 y del 22 al 28 de mayo de 2017 (testifical de ██████████, cuadrantes aportados a los folios 12 a 15 del ramo de prueba de la parte demandada). **SÉPTIMO.-** La actora no acudió a su puesto de trabajo los días 17, 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2017, sin que presentase justificación alguna a la empresa demandada (testifical de ██████████ y folio 15 del ramo de prueba de la parte demandada). **OCTAVO.-** La actora presentó el día 16 de mayo de 2017 escrito a la empresa demandada solicitando la rescisión de su contrato de trabajo con fecha de efectos 17 de mayo de 2017 (Folio 21 del ramo de prueba de la parte demandada). **NOVENO.-** En fecha 19 de mayo de 2017 la empresa demandada envió burofax a la trabajadora advirtiéndole de que su falta de asistencia al trabajo el día 17 de mayo de 2017 podía consistir en una falta grave y concediéndole un plazo de 24 horas para que justificase su ausencia (Folio 23 del ramo de prueba de la parte demandada). **DÉCIMO.-** La parte actora interpuso demanda sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo en fecha 26 de mayo de 2017. **DECIMOPRIMERO.-** La actora presentó papeleta de conciliación ante el SEMAC el 16 de junio de 2017 celebrándose el acto, con resultado sin avenencia, el día 21 de julio de 2017.

**TERCERO.-** La sentencia de instancia contiene el siguiente fallo:

*Que, DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda presentada por D<sup>ña</sup>. ██████████ frente a ██████████, SL, y en su consecuencia, convalido el despido de la actora llevado a cabo por la empresa demandada y declaro extinguida la relación laboral de las partes con fecha de 25 de mayo de 2017 y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra.*

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Remitidos los autos a esta Sala se señaló fecha para la votación y fallo de la resolución, habiéndose cumplido con las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestima la pretensión ejercitada por la actora, D<sup>a</sup> ██████████, trabajadora que ha venido prestando servicios para la empresa demandada, "██████████, SL", desde el día 16 de diciembre de 2005 con la categoría profesional de Ayudante de Dependiente, que interesaba que se declarara la improcedencia del despido disciplinario del que fuera objeto el día 25 de mayo de 2017, con todas las consecuencias a ello inherentes, por considerar que habían quedado acreditados los días de inasistencia al trabajo y su no justificación.





Frente a la misma se alza la parte demandante mediante el presente recurso de suplicación articulado a través de un motivo de nulidad, dos de revisión fáctica y uno de censura jurídica a fin de que, anulada la sentencia de instancia, se repongan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en que se ha producido la infracción de normas y garantías del procedimiento causante de indefensión que denuncia o, en caso de no ser estimada dicha petición que, revocada la misma, se dicte nueva sentencia en la que se estimen todas y cada una de las pretensiones que ejercita en su demanda.

**SEGUNDO.-** Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la actora, sin señalar ningún precepto concreto como infringido, que concurre en el presente caso la excepción procesal de incongruencia omisiva (sic), aunque en la práctica se refiere a la de litispendencia entre los presentes autos y los seguidos con el número 450/2017 ante el Juzgado de lo Social Nº 6 de Santa Cruz de Tenerife en impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo, por lo que ha de decretarse y mantenerse la suspensión de los presentes hasta que se fije con carácter definitivo en aquél si tal modificación ha existido y si es o no ajustada a derecho.

La litispendencia es la excepción producida por la constitución de un proceso anterior en el ulterior en que se haga cuestión del mismo objeto procesal (E. Gómez Orbaneja). La identidad de procedimientos se determina por los tres elementos: sujetos, causa de pedir y petitum, siendo necesario que coincidan los tres para que pueda excluirse el segundo proceso.

Por otra parte, la institución de la cosa juzgada (cuyo régimen jurídico está contenido en los artículos 207 y 222 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) tiene como objeto proteger la seguridad jurídica, impidiendo una segunda sentencia sobre lo ya enjuiciado. En su consideración hay que tener en cuenta la diferenciación que presenta la cosa juzgada, distinguiéndose entre “cosa juzgada material” y “cosa juzgada formal”, estando la diferencia en que la cosa juzgada material actúa en proceso distinto (actuando hacia fuera) y la cosa juzgada formal actúa en el mismo procedimiento (actuando hacia dentro), según afecte al momento procesal o al derecho ejercido, respectivamente. A su vez, la ley distingue entre el efecto positivo y negativo de la cosa juzgada.

Así, la cosa juzgada material se traduce en el principio “*non bis in idem*”, que quiere decir que la primera sentencia excluye un segundo proceso cuando el objeto del segundo litigio sea el mismo o coincida con el del primero, impidiendo así que se pueda empezar un nuevo proceso, produciendo de esa forma dos efectos:

- uno negativo o preclusivo (recogido en el párrafo 1º del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que “*la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo*”), y





- otro positivo o prejudicial (recogido en el párrafo 4º del artículo 222 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice que *“lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”*).

Por otro lado, el ámbito de la cosa juzgada material no actúa indiscriminadamente, sino que se circunscribe a un campo específico que ha de quedar delimitado. Para verificar tal delimitación partiremos también de la tradicional tesis de las tres identidades, según la cual, para que un fallo goce de autoridad de cosa juzgada en proceso ulterior se requiere que se dé la perfecta concurrencia de tres elementos comunes: los sujetos, el objeto y la causa (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1992, 2 de octubre de 1995 y 30 de abril de 1997), aunque se estima que no es necesaria una identidad perfecta entre todos los componentes de los dos procesos (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1994 y 29 de mayo de 1995). Pero si bien hemos de decir que solo el fallo o parte dispositiva pasa a tener autoridad de cosa juzgada, para determinar esa triple identidad hay que analizar y tener siempre en cuenta los hechos, la *causa petendi*, la cual, como alegación, sirve entre otras cosas, de base para la lógica aplicación de la ley al caso concreto.

Es preciso tener en cuenta que cuando una sentencia definitiva ha resuelto sobre el fondo de la pretensión y en el nuevo proceso se plantea otra que respecto a la precedente tiene las identidades subjetivas, objetivas y causales que enumera el artículo 1.252 del Código Civil, se da la excepción de cosa juzgada en el sentido material, que no queda desvirtuada por utilizar diferentes denominaciones si la pretensión de fondo es la misma, ni porque aparezcan los litigantes en otra posición procesal, ya que la paridad de los litigios ha de inferirse de la relación controvertida al comparar lo ya resuelto con lo que se pretende resolver de nuevo, evitando un segundo proceso en aras del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 párrafo 3º de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1964 y 22 de octubre de 1986).

La relación entre litispendencia y cosa juzgada se establece de manera sucesiva, litispendencia y cosa juzgada comparten la misma naturaleza, la conexión entre ambas se manifiesta en la medida en que la litispendencia es una institución que previene y tutela la cosa juzgada. El Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 20 de octubre de 1993 que ante una situación de litispendencia que existía cuando la excepción fue planteada, la posterior sentencia firme *“no puede producir por ello los efectos de la litispendencia, y deberá producir ahora los de la cosa juzgada”*.

La apreciación de la litispendencia depende, en definitiva de que exista posibilidad de llegar a sentencias contradictorias, que es lo que se pretende evitar y, por ello no cabe cuando no se da tal circunstancia, orque las acciones sean realmente distintas en sus diversos elementos identificadores (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000). Así las cosas, no se ha apreciado esta excepción procesal en un proceso por despido cuando anteriormente se había iniciado otro por cesión ilegal de trabajadores (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio y 20 de septiembre de 2005).





Hechas las anteriores precisiones y entrando ya en la resolución de la cuestión que nos ocupa, nos encontramos con que en los autos 450/2017, seguidos ante el Juzgado de lo Social Nº 6 de Santa Cruz de Tenerife por modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, se solicitaba por la Sra. Muñoz que se declarara la nulidad de los cambios semanales de turno que la empresa demandada, “GESTIÓN de HORNOS, SL”, viene imponiéndole desde el mes de mayo de 2017 y que se le repusiera en el turno de trabajo que venía disfrutando desde hacía once años.

Así las cosas, la concurrencia de la excepción de litispendencia respecto de los presentes autos no se da, pues no existe la posibilidad de llegar a sentencias contradictorias pues, como veremos a la hora de resolver el motivo de censura jurídica, el desacuerdo del trabajador con una modificación de condiciones de trabajo operada por la empresa (un cambio de turno) no permite la desobediencia de la orden (dejar de acudir al puesto de trabajo), que ha de ser obedecida aunque se considere inadecuada, sin perjuicio de ejercitar las acciones que le confiere la normativa laboral para combatir la decisión empresarial.

Atendiendo a la naturaleza específica de la excepción de litispendencia, el artículo 86 párrafo 4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone literalmente lo siguiente:

*“La tramitación de otro procedimiento ante el orden social no dará lugar a la suspensión del proceso salvo en los supuestos previstos en la presente Ley, sin perjuicio de los efectos propios de la litispendencia cuando se aprecie la concurrencia de dicha situación procesal. No obstante, a solicitud de ambas partes, podrá suspenderse el procedimiento hasta que recaiga resolución firme en otro procedimiento distinto, cuando en éste deba resolverse la que constituya objeto principal del primer proceso”.*

Por lo tanto, ha de desestimarse la concurrencia de la excepción de litispendencia.

**TERCERO.-** Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita la actora la modificación del relato fáctico declarado probado por la Magistrada de instancia con la finalidad de:

- A) Sustituir la actual redacción del ordinal sexto, expresivo del sistema por el que la empresa comunicaba a sus empleados los turnos semanales de trabajo, por la siguiente :

*“La actora observó en la pantalla del TPV de la Boutique del Pan de Güímar los nuevos turnos de trabajo para las semanas del 15 al 21 de mayo de 2017 y del 22 al 28 de mayo de 2017, sin que conste una notificación fehaciente a la trabajadora [REDACTED] de ese cambio de turno por parte de la empresa”.*

Basa sus pretensiones revisoras en los documentos obrantes a los folios 12 a 15 del ramo de prueba de la parte demandada, consistentes en copias del informe de un informe de cotización de la empresa demandada, de diversos cuadrantes de servicios y del listado de asistencia del personal.

- B) Sustituir la actual redacción del ordinal séptimo, expresivo de los días en los que la actora no acudió a su puesto de trabajo, por la siguiente:





*“La actora envió un escrito a la empresa demandada en fecha 17 de abril de 2017 en el que manifiesta su imposibilidad de cumplir con el nuevo cuadrante de trabajo relativo a las semanas del 15 al 21 de mayo y del 22 al 28 de mayo de 2017, alegando que por las tardes tiene otro empleo. La empresa contesta a la trabajadora mediante escrito en fecha 26 de abril de 2017, en el que se opone tanto a la propuesta de la trabajadora de trabajar en e turno de mañana, como a la posibilidad de colocarla en otra boutique de pan. Finalmente, ante la falta de acuerdo con la empresa demandada, la trabajadora se vio obligada a no acudir a su puesto de trabajo los días 17, 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2017”.*

Basa sus pretensiones revisoras en los documentos obrantes a los folios 16 y 17 del ramo de prueba de la parte demandada, consistentes en copia del escrito remitido por la actora a la empresa y de la contestación de ésta.

Con carácter previo a la vista de la fundamentación del recurso se han de realizar algunas precisiones. Como con reiteración viene señalando esta Sala, los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren los siguientes requisitos:

- A) De carácter sustantivo:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, y 2 de mayo de 1985).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1991, 10 de mayo, 16 de diciembre de 1993, o 10 de marzo de 1994). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverbados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

- B) De carácter formal:

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto





alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.

3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001).

4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner 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, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

La Sala, tras analizar detenidamente la documental invocada, entiende que los dos motivos han de ser rechazados por idéntica razón porque, sin necesidad de entrar en el análisis de la veracidad de los datos que se pretenden incorporar al relato de hechos probados, los mismos resultan intrascendentes para resolver la cuestión que nos ocupa y en nada afectarían al sentido de la presente resolución, como veremos más detalladamente a la hora de resolver el siguiente motivo de censura jurídica.

Además, en cuanto al primer motivo, el texto propuesto por la recurrente para el nuevo hecho probado sexto contiene valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo que, como tales, no pueden acceder al relato histórico de una sentencia.

En consecuencia, se desestiman los dos motivos de revisión fáctica, quedando los hechos probados firmes e inalterados.

**CUARTO.-** Amparándose en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social invoca la recurrente la infracción de los artículos 41 párrafo 1º y 3 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores. Argumenta en su discurso impugnatorio, en esencia, que como quiera que la actora venía disfrutando desde hacía once años como condición más beneficiosa de un turno de trabajo fijo, a pesar de que en el clausulado de su contrato se prevé un régimen de trabajo a turnos variables de mañana y tarde y al haber impugnado judicialmente la modificación sustancial de condiciones de trabajo que le impuso la empresa a partir del día 15 de mayo de 2017, la inasistencia a su puesto de trabajo los días 17, 20, 21, 22 y 23 de mayo







de 2017 no puede ser considerada falta y mucho menos ser merecedora de la sanción del despido, que es la máxima sanción laboral.

Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 54 párrafo 2º letra a) del Estatuto de los Trabajadores, son causa de despido disciplinario. Para ello se han de dar dos requisitos:

- la gravedad (la cual se exterioriza mediante la repetición) y
- la culpabilidad (materializada en la falta de justificación).

Esta causa no opera automáticamente, sino que habrá que analizar individualmente cada conducta con atención al siempre importantísimo factor humano (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985), teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Se considera justificación la existencia de hechos independientes de la voluntad del trabajador y de los cuales no sea de modo alguno culpable, que le impidan asistir al trabajo (conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1990), permitiendo la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (sentencia de 23 de junio de 1986) la justificación posterior cuando no fuere factible el aviso previo.

Específicamente en el sector de las Boutique del Pan, el artículo 26 párrafo 3º del Convenio Colectivo del Comercio y las Industrias de Pastelería, Confitería, Bollería, Heladería Artesanal, Repostería, Pastelería Salada y Panadería Artesanal (Boutique del Pan) considera falta muy grave, sancionable con el despido según el artículo siguiente:

*“...b) La falta de más de un día de asistencia al puesto de trabajo sin previa comunicación y justificación a la empresa”*

La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la demanda (el hecho del despido) corresponde a la parte demandante y, una vez acreditado éste, correspondería a la parte demandada acreditar los hechos que conllevarían la procedencia del mismo. En el supuesto de autos se alega como causa de despido las faltas de asistencia al trabajo, y en tal caso el empresario debe acreditar las ausencias del trabajador y si éste las niega, debe de acreditar que no se produjeron o, en su caso, que estaban justificadas. Con carácter general puede afirmarse que las faltas de asistencia de los trabajadores que se hayan originado por decisiones unilaterales de éstos han de reputarse como faltas injustificadas, ya que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes.

Por la actora se ha admitido la inasistencia al trabajo los días los días 17, 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2017, alegando como causa su desacuerdo y la imposibilidad de cumplir la nueva jornada de trabajo impuesta por la empresa a partir del día 15 de mayo de 2017, modificación sustancial de condiciones de trabajo que había impugnado judicialmente.

De tal forma la cuestión jurídica que se nos plantea es de carácter jurídico y radica en determinar si el desacuerdo del trabajador con una modificación de condiciones de trabajo operada por la empresa permite la desobediencia de la orden, o si, por el contrario, ésta ha de ser obedecida aunque la considere inadecuada aunque se hayan ejercitado acciones para combatir la decisión empresarial.





De la inalterada declaración de hechos probados de la sentencia recurrida se desprende: -a) que la actora prestaba servicios como Ayudante de Dependiente para la empresa demandada, "██████████, SL" desde el día 16 de diciembre de 2005, en el centro de trabajo sito en Güímar (hecho probado primero); -b) que en la cláusula adicional primera de su contrato se establecía que la trabajadora aceptaba de forma libre y voluntaria el realizar su trabajo en régimen de turnos, así como a variar de centro de trabajo por circunstancias organizativas, técnicas o productivas (hecho probado primero); -c) que los trabajadores de la empresa demandada de la misma categoría y grupo profesional que la actora siguen un turno variable de mañana o de tarde, según la situación concreta de ventas y clientela del establecimiento en el que prestan sus servicios, turnos concretos que se comunicaba a la actora y al resto de trabajadores por medio del TPV (terminal) situado en el establecimiento, con una semana de antelación (hecho probado quinto); -d) que la empresa comunicó a la actora por medio del TPV su turno para las semanas del 15 al 21 de mayo de 2017 y del 22 al 28 de mayo de 2017 (hecho probado sexto); -e) que la actora no acudió a su puesto de trabajo los días 17, 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2017, sin que presentase justificación alguna a la empresa demandada (hecho probado séptimo); -f) que la actora interpuso demanda frente a la empresa demandada por modificación sustancial de las condiciones de trabajo en fecha 26 de mayo de 2017 (hecho probado décimo).

De tales hechos se desprende claramente que las faltas de asistencia al trabajo por parte de la Sra. ██████████ los días 17, 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2017, admitidas por ésta, no han quedado justificadas, pues habiendo suscrito la actora un contrato de trabajo en el que se pactaba expresamente un horario de trabajo a turnos y variable en función de las necesidades de explotación de la tienda y habiéndosele comunicado el cuadrante correspondiente al mes de mayo de 2017 por medio del TPV de la tienda, medio habitual para comunicar los turnos a las trabajadoras, la misma dejó de acudir, sin aportar justificación alguna.

Sostiene la demandante que tales ausencias están justificadas por constituir el cambio de turno una modificación sustancial de las condiciones de trabajo injustificada que, además, había impugnado judicialmente. Pero, con independencia de que la asignación a la actora del turno de tarde se encontrara o no dentro de los límites pactados en el contrato, la misma debió cumplir las órdenes impartidas por el empresario, aunque las considerase inadecuadas, sin perjuicio de ejercitar las acciones que le reconozca la legislación para combatir las decisiones de su empleador. En el presente caso la actora, a la que se le cambia el turno, se limitó a no acudir a su puesto de trabajo, sin dar explicación alguna, no siendo hasta un momento muy posterior al despido cuando presentó demanda relativa a modificación sustancial de las condiciones de trabajo y posteriormente demanda de despido.

Por lo tanto, la actora dejó de asistir a su puesto de trabajo durante el periodo de tiempo comprendido entre los días 17, 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2017, sin justificar en modo alguno tales ausencias. A la vista de ello hemos de concluir que su conducta es claramente constitutiva de faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo que, por grave y culpable, es causa de despido conforme al artículo 54 párrafo 2º letra a) del Estatuto de los Trabajadores y al artículo 26 párrafo 3º del Convenio Colectivo del Comercio y las Industrias de Pastelería, Confitería, Bollería, Heladería Artesanal, Repostería, Pastelería Salada y Panadería Artesanal (Boutique del Pan), de forma que el despido de que fuera objeto la actora el día 25 de





mayo de 2017 ha de ser calificado como procedente, con todas las consecuencias a ello inherentes.

Lo expuesto conduce a la Sala, al haberlo entendido en el mismo sentido la Magistrada de instancia, a la desestimación del motivo de censura jurídica y, por su efecto, a la del recurso de suplicación interpuesto por la actora, debiendo ser confirmada la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> [REDACTED] contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2018, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL N<sup>o</sup> 3 de los de Santa Cruz de Tenerife en los autos de juicio 584/2017, la cual confirmamos íntegramente.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y al Ministerio Fiscal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de origen, con testimonio de la presente una vez notificada a las partes y firme.

### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4<sup>o</sup>, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Tenerife n<sup>o</sup> 3777/0000/66/ el n<sup>o</sup> de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:





**IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274**

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

