

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO*Sentencia 765/2025, de 25 de marzo de 2025**Sala de lo Social**Rec. n.º 126/2025***SUMARIO:**

Despido disciplinario. Ausencias injustificadas durante 3 días seguidos (17, 18 y 19 de noviembre de 2023). Trabajador con antecedentes psiquiátricos. Aplicación de la doctrina gradualista. *Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería donde se establece que constituye falta muy grave la inasistencia al trabajo, sin justificar, durante 3 o más días.* Para que las infracciones tipificadas en el artículo 54.2 del ET se erijan en causa que justifiquen la sanción de despido han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configura el hecho, así como las de su autor, pues solo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción. Ello es así porque el poder disciplinario se ha de ejercer con una cierta equidad tendente a evitar que, por infracciones de parecida tipicidad se impongan sanciones de distinto rigor, sin considerar adecuadamente las circunstancias concurrentes, lo cual ha de realizarse en todo supuesto de despido, puesto que siendo la sanción de despido la más grave a imponer, debe reservarse para aquellos incumplimientos verdaderamente graves y culpables. En el caso analizado, estamos ante un trabajador que lleva en la empresa desde febrero de 2022, sin que conste que se le haya impuesto con anterioridad sanción alguna. Consta que estando de baja médica por accidente de trabajo, el actor se produjo una autolesión, y su MAP le recomendó ser visto de forma urgente por su psiquiatra o por el médico de la mutua (dado que estaba de baja por accidente laboral), y precisamente cuando acudió a la Mutua el 16 de noviembre de 2023 se le dio el alta médica porque sus lesiones estaban curadas, y si bien la psicóloga determinó que no padecía estrés postraumático, en todo caso le recomendó acudir a su MAP dado que es un trabajador con antecedentes psiquiátricos, con la finalidad de valorar su estado, y de hecho esta fue la causa por la que fue dado de baja médica el 20 de noviembre de 2023 por "lesiones autoinfligidas". Es decir, sin perjuicio de que estuviera de alta médica desde el 16 de noviembre de 2023 por las lesiones derivadas del accidente laboral, y que los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2023 no acudió a trabajar, el trabajador aquejaba un problema psíquico que comenzó durante la baja médica de accidente de trabajo (en concreto el día 12 de noviembre de 2023, ya acudió a su MAP), y de forma inmediata a sus ausencias al trabajo, el día 20 de noviembre de 2023 fue dado de baja médica por tal causa. En tal tesitura, valorando que los problemas psíquicos no debutan de un día para otro y, en consecuencia, considerando que el estado del trabajador no podía ser estable desde la perspectiva psíquica los días 17, 18, y 19 de noviembre, cuando unos días antes ya se había autoinfligido lesiones y cuando lo vuelve a hacer (pues es la causa de la baja médica de 20 de noviembre de 2023), debe concluirse que el despido es desproporcionado. Ello es así al acreditarse que el trabajador presentaba un estado psíquico que le inhabilitaba para el trabajo cuando no acudió los días que han servido para sustentar su despido. Aunque no debe excusarse el comportamiento irregular del trabajador en los 3 días que faltó a su puesto de trabajo sin estar cubierto por una baja médica expedida en debida forma por los servicios médicos, debe considerarse que, dada la índole de su dolencia, que

Síguenos en...



comenzó antes de ser dado de alta médica, y que apenas 3 días después de la misma motivó una nueva baja médica, tratándose de un trabajador con antecedentes psiquiátricos, el despido es improcedente ex artículo 56 del ET, por resultar claramente desproporcionado valorando las circunstancias expuestas. **Voto particular.** La aplicación objetiva de lo previsto en la norma colectiva ampara la decisión empresarial, ya que no concurre circunstancia alguna que atenúe la responsabilidad del trabajador. En efecto, la mutua comunicó al trabajador el alta de la incapacidad temporal el 16 de noviembre de 2023 y lo hizo en términos absolutamente claros y comprensibles a tal punto que no fue del agrado del hoy demandante, cuya reacción fue airada. De seguido, se negó a responder telefónicamente la reiteración del alta cursada por la mutua. Dos días después, el 18 de noviembre de 2023, acudió a la empresa por alguna razón personal y a preguntas del encargado y en presencia de terceros negó que le hubieran dado de alta. Por consiguiente, lejos de cualquier malentendido o confusión mental, el trabajador era plenamente consciente de que debió incorporarse a la actividad, lo que no hizo, concurriendo además engaño, ocultación y malicia, como lo confirma la nueva incapacidad temporal que por enfermedad común obtuvo el día 20 de noviembre de 2023, a la que no puede atribuirse el efecto retroactivo de remediar una situación ya consolidada.

PONENTE:

Doña Ana Isabel Molina Castiella.

SENTENCIA

RECURSO N.º: Recursos de Suplicación, 0000126/2025 NIG PV
4802044420240002089 NIG CGPJ 4802044420240002089

SENTENCIA N.º: 000765/2025

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 25 de marzo de 2025.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos./Ilma. Sres./Sra. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente, D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA, Magistrados/a, ha pronunciado
EN NOMBRE DEL REY
la siguiente

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Doroteo contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Bilbao, de fecha 05 de noviembre de 2024, dictada en proceso sobre Despido, y entablado por D. Doroteo frente a TORRE DE ARRIAGA SL.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a Ana Isabel Molina Castiella, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.**

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

Síguenos en...



"Primero.- El demandante D. Doroteo ha venido prestando servicios para PALACIO TORRE DE ARRIAGA SL, con una antigüedad reconocida de 08/03/2022, categoría profesional reconocida de pinche de cocina, percibiendo un salario bruto mensual de 1.683,31 euros, incluida la prorrata de pagas extra. La categoría profesional del actor debiera ser la de repostero, correspondiéndole un salario bruto mensual de 1.811,14 euros.

El actor comenzó a prestar servicios para la empresa demandada en fecha 18/02/2022 en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada eventual por circunstancias de la producción, para atender a " eventos de temporada", hasta el 07/03/2022.

En fecha 08/03/2022 el actor y la empresa demandada suscribieron un contrato de trabajo indefinido para prestar servicios el demandante como ayudante de cocina, a tiempo completo.

Se adjuntan los contratos como Doc. nº 2 del ramo de prueba de la parte actora.

Segundo.- Los postres correspondientes a los menús diarios (cuajadas, pudding, tartas sencillas, tarta San Marcos, en alguna ocasión tarta Sacher...) eran elaborados por el actor, que se ocupaba de la partida de frío. Las tartas complejas para eventos se compraban a una empresa especializada, " la compagnie des desserts", siendo preciso desempaquetar, emplatar, enfriar, hornear, decorar... El demandante era quien elaboraba los helados (declaración testifical de D. Jesús María y de D. Salvador y Doc. nº 6 y 7 del ramo de prueba de la empresa).

Tercero.- Entre Septiembre de 2019 y Enero de 2022 el demandante realizó prácticas de repostería en la empresa demandada, con valoración de sobresaliente, dada su buena conducta y la forma de desenvolverse en la cocina.

El demandante posee diploma de prácticas de repostería; diploma de seguridad e higiene y protección ambiental en hostelería; diploma de ofertas de repostería, aprovisionamiento interno y control de consumos, y diploma de elaboraciones básicas para pastelería-repostería.

(Doc. nº 4 del ramo de prueba de la parte actora).

El demandada posee certificado de profesionalidad de repostería (Doc. nº 5 del ramo de prueba de la parte actora) y experiencia profesional en elaboración de postres, pastelería... (Doc. nº 6 del ramo de prueba de la parte actora).

Cuarto.- Es de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo del sector Hostelería de Bizkaia, publicado en el BOB de 18/09/2018 (Doc. nº 16 del ramo de prueba de la parte actora), así como el VI Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, publicado en el BOE de 10/03/2023.

Quinto.- El demandante pasó a situación de IT por AT en fecha 27/10/2023, con el diagnóstico de " otros traumatismos especificados de otra parte del cuello, contacto inicial", siendo revisado por Mutua Universal (Doc. nº 9 del ramo de prueba de la parte actora).

En fecha 12/11/2023 el demandante acudió a su MAP del ambulatorio de Carranza tras sufrir autolesión, recomendándole ser visto de forma urgente por su psiquiatra o médico de su mutua al estar de baja por accidente laboral (Doc. nº 10 del ramo de prueba de la parte actora).

En fecha 16/11/2023 el demandante acudió a la Mutua universal, siendo atendido por la coordinadora médica de Mutua Universal Dña. Maite, quien de forma clara y expresa le manifestó al actor que sus lesiones estaban curadas y que le daban al alta médica, pudiendo incorporarse a su trabajo. Ante dichas manifestaciones, el demandante se pudo agresivo, se enfadó y no quiso esperar a que le imprimieran al parte de alta. A lo largo de la mañana del día 16/11/2023 la Mutua llamó por teléfono al trabajador para decirle de nuevo que estaba de alta y que dejaban el parte en administración, pero el mismo no cogió el teléfono. En la visita a la Mutua el actor solicita una valoración con la psicóloga porque refiere estrés postraumático. La psicóloga valoró al demandante y no apreció la existencia de estrés postraumático, si bien le recomendó acudir a su médico de cabecera para seguimiento por sus antecedentes psiquiátricos. Se suele enviar el parte de alta a la empresa vía telemática (declaración testifical de Dña. Maite).

El demandante pasó a situación de IT por enfermedad común en fecha 20/11/2023, con el diagnóstico de " lesiones autoinfligidas" (Doc. nº 11 del ramo de prueba de la parte actora).

Sexto.- El trabajador actor prestaba servicios de 09:00 a 17:00 horas (Doc. nº 5 del ramo de prueba de la parte demandada).

Séptimo.- La empresa demandada se puso en contacto con Mutua Universal y en fecha 27/11/2023 comunicaron que el trabajador estaba de alta desde el 16/11/2023 (Doc. nº 8 del ramo de prueba de la empresa).

Octavo.- En fecha 04/12/2023 la empresa demandada remite un burofax al actor (entregado al mismo dicho día) comunicándole la apertura de un expediente sancionador por una falta muy grave de inasistencia injustificada al trabajo los días 17, 18 y 19 de Noviembre de 2023 (Doc. nº 9 del ramo de prueba de la empresa).

El trabajador presenta alegaciones en fecha 06/12/2023 (Doc. nº 10 del ramo de prueba de la empresa).

En fecha 13/12/2023 la empresa demandada remite un burofax al actor (entregado el 15/12/2023) dándole de nuevo traslado para alegaciones en relación con la inasistencia injustificada al trabajo los días 17, 18 y 19 de Noviembre de 2023 (Doc. nº 11 del ramo de prueba de la empresa).

El trabajador presenta alegaciones en fecha 18/12/2023 (Doc. nº 12 del ramo de prueba de la empresa).

Noveno.- En fecha 27/12/2023 la empresa demandada remite al actor un burofax (entregado el mismo día 27/12/2023) adjuntando carta de despido disciplinario con efectos al 28/12/2023 (Doc. nº 13 del ramo de prueba de la empresa demandada).

En la misma se señala:

"Erandio, a 27 de diciembre de 2023.

Marino, Administrador de la mercantil "PALACIO TORRE DE ARRIAGA SV" con domicilio Social en Alzaga Goikoa Errepidea n e 45 de Erandio, con NIF B9565600; por medio del presente escrito, se formula CARTA DE DESPIDO contra D Doroteo; NIE NUM000, por la que se viene a manifestar que:

La Dirección de esta Empresa ha decidido su DESPIDO DISCIPLINARIO con efectividad del día 28/12/2023, por la comisión de la falta que después se detallará y que han sido calificada como FALTA MUY GRAVE, según el art. 40 y en lo relativo a la Falta Muy Grave los apartados 1 y 9, del VI ACUERDO LABORAL DE ÁMBITO ESTATAL PARA EL SECTOR DE HOSTELERÍA, por la remisión del art. 32 del Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia, que determina:

Artículo 40.

Serán faltas muy graves:

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

9. La simulación de enfermedad o accidente alegada por la persona trabajadora para no asistir al trabajo;

Artículo 41. CLASES DE SANCIONES

1. La empresa podrá aplicar por la comisión faltas muy graves:

b) Despido disciplinario

La acción que se le imputa, igualmente es incardinable en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, que señala:

1.- El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

2.- Se consideraran incumplimientos contractuales:

a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.

d) La transgresión de la buena fe contractual....

Resulta hecho cierto que no ha acudido a su puesto de trabajo los días 17,18 y 19 de noviembre de 2023. Lo ha sido de forma injustificada.

El día 28/10/2023 cayó en baja laboral por accidente in itinere, situación que perduró hasta el 16/11/2023 día en que la mutua le da el alta, no realizando la prestación laboral a que viene obligado en virtud de contrato de trabajo los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2023, todo ello sin justificación alguna que le exonere de su incumplimiento. El 20 de noviembre coge baja por enfermedad común situación en la que pertenece.

El día 27 de noviembre de 2023 se recibe comunicado de su responsable médica de la Mutua Universal en la que asevera que compareció en dicha Mutua el 16/11/23 y médicamente estaba en situación de incorporación laboral, explicándole de manera clara y expresa que en ese momento le daba el alta procediendo a levantarse y de una manera airada se fue de la consulta sin esperar ni recoger el informe médico que se le quería entregar. Su precepción

Síguenos en...

respecto a la situación de alta que se le comunicó fue inequívoca, abandonando el centro sanitario y desoyendo las comunicaciones telefónicas realizadas por parte de la Mutua para la entrega de documentación, no siendo hasta el día 22/11/23, el momento en el que devolvió la llamada a la Mutua y se le volvió a comunicar que estaba de alta desde el día 16/11/23.

No compareció al Centro de Trabajo el día 17/11/23 y el día 18/11/23 lo hizo para recoger sus efectos personales, vaciando su taquilla y manifestando al encargado delante de terceros que iba por hacer un favor y echar una mano y ante la pregunta de si tenía ya el alta, contestó que no, por lo que abandonó el centro de trabajo sin realizar prestación alguna. Al día siguiente el día 19/11/23 igualmente no compareció.

Se le ha pedido las explicaciones oportunas respecto de su incomparecencia y de la falta de prestación los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2023 por medio de escritos remitidos 01/12/23 que recoge el 04/12/23 y contesta vía whatsapp el 16/12/23, sin dar explicación alguna, volviéndole a remitir el 13/12/23 carta certificada con acuse de recibo para que aporte nuevas alegaciones y vuelve a reiterar su anterior manifestación con fecha 19/12/23 por medio de whatsapp, manifestación que no produce descargo alguno respecto la justificación de su falta de prestación e inasistencia.

Su conducta, referida exclusivamente al ámbito laboral, se considera que ha transgredido la buena fe contractual, con violación de los deberes de lealtad, actuando con conocimiento de su conducta vulneradora y prevaliéndose de dolo específico en aras a su exclusivo beneficio en perjuicio económico de la empresa, todo ello en fraude y deslealtad en las gestiones encomendadas por cuanto conociendo que estaba dada de alta por consiguiente en disponibilidad de realizar la prestación laboral realizó unos actos contrarios a la buena fe, no queriendo recibir la documentación del alta a pesar de que así se le comunicó, no asistiendo al centro de trabajo v cuando lo hizo fue para recoger sus cosas v no realizar prestación alguna por manifestar la continuidad de su baja laboral que conocía era incierta.

Los anteriores hechos, individuales y más en su conjunto, acreditan que no tuvo voluntad de cumplir con su trabajo, realizando actos torticeros para no recibir el alta y engañando de forma verbal a la Dirección, y ello supone un incumplimiento contractual de los arts. 54 2 a) e relación con el d), que contraría la buena fe y supone, la inasistencia y el engaño de comunicación de su situación sanitaria abuso de confianza en el desempeño de su trabajo y que se tipifican en el art. 40 1 y 9 del VI ACUERDO LABORAL DE ÁMBITO ESTATAL PARA EL SECTOR DE HOSTELERÍA, por la remisión del art. 32 del Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia, y el art. 54. I y 2 d) del E. T., de los que derivan los deberes de conducta y del comportamiento que se imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que constituye un modelo de conducta exigible con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas conforme al que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en cumplimiento equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, condiciones estas de las que carece la relación empresa-usted por la relación de hechos expuestos imputables a usted y que motiva el despido disciplinario con efecto de 28 de diciembre de 2023. recibiendo los haberes que le correspondan, por así resultar en Mungía a 27 de diciembre de 2023".

Décimo.- El demandante no acudió a trabajar el 17/11/2023, sin haber justificado su ausencia.

Acudió al centro de trabajo el 18/11/2023 para recoger unos enseres personales y el gerente D. Marino le preguntó qué hacía en la empresa y si le habían dado el alta. Abandonaron unos momentos el lugar para hablar, y, al volver, D. Marino le manifestó la demandante que si no estaba de alta no podía trabajar y que se marchara (declaración testifical de D. Salvador).

El 19/11/2023 el demandante no acudió a trabajar, sin haber justificado su ausencia.

Undécimo.- El demandante pasó a situación de IT por enfermedad común en fecha 20/11/2023, con el diagnóstico de " lesiones autoinfligidas" (Doc. nº 11 del ramo de prueba de la parte actora).

Duodécimo.- El demandante no ostenta ni ha ostentado dentro del último año la cualidad de delegado de personal o miembro del comité de empresa.

En la empresa demandada no existe delegado de personal ni la empresa demandada era concedora de la afiliación del actor a Sindicato alguno.

Décimo tercero.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación en fecha 14/02/2024, con el resultado de sin avenencia."

SEGUNDO.

Síguenos en...



La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D. Doroteo sobre despido frente a PALACIO TORRE DE ARRIAGA SL, de la que se ha dado traslado al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, considerando procedente el despido causado al mismo con fecha de efectos de 28/12/2023, absolviendo a la demandada de las pretensiones vertidas en su contra."

TERCERO.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso de suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

La instancia ha declarado procedente el despido disciplinario del demandante, operado con efectos de 28 de diciembre de 2023, y sustentado en sus ausencias injustificadas al trabajo los días 17,18 y 19 de noviembre de 2023.

La decisión judicial tras fijar la antigüedad del trabajador (18 de febrero de 2022, y no la reconocida por la empresa de 8 de marzo de 2022), y su categoría profesional (repostero, y no pinche de cocina), determinando también el salario que le corresponde (1811,14 euros brutos mensuales con prorrateo de extras), descarta la nulidad del despido postulada de modo principal, rechazando que haya existido vulneración de derecho fundamental alguno del trabajador, singularmente de su garantía de indemnidad, tampoco del derecho a no sufrir discriminación por razón de enfermedad, concluyendo con la procedencia del despido del demandante.

En este sentido la sentencia, asumiendo la declaración testifical de la Sra. Maite, coordinadora médica de Mutua Universal, afirma que el 16 de noviembre de 2023 se cursó el alta médica del demandante, alta médica perfectamente conocida por éste que no obstante, no acudió a trabajar los días 17 18 y 19 de noviembre no justificando su ausencia, sin perjuicio de que el día 18 acudiera al centro de trabajo para recoger determinados enseres personales.

Concluye, en fin, que el despido es una sanción adecuada y proporcional conforme a la regulación convencional y legal de las infracciones cometidas por el trabajador, y sus sanciones.

El demandante entabla recurso de suplicación en el que en primer término solicita la nulidad del despido, y la condena a la empresa al abono de una indemnización de daños y perjuicios por discriminación y/o lesión de derechos fundamentales, y de manera subsidiaria su improcedencia.

La demandada, Palacio Torre de Arriaga SL, ha presentado escrito impugnando el recurso, en el que solicita la confirmación de la sentencia conforme a sus propios razonamientos.

SEGUNDO.

En el primero de los motivos solicita la revisión de hechos probados de la sentencia en concreto de sus ordinales primero, sexto y séptimo.

Venimos afirmando que la reforma de hechos probados en un recurso extraordinario como es el de suplicación, está condicionada a que la modificación propuesta resulte relevante a los efectos del resultado del recurso y, por supuesto a que exista un error en la redacción de hechos probados de la sentencia (STS 13 de marzo de 2019, rec. 63/2018), exigiendo que la certeza del dato cuya inclusión se interesa o la falta de veracidad de aquél que se pretende eliminar, queden evidenciados de manera indubitada, concluyente e inequívoca por la fuerza directa que derive de documentos o pericias obrantes en las actuaciones, sin precisar la adición de ninguna otra prueba y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas (STS de 26 de febrero de 2019, rec. 185/2017).

No prosperará la reforma cuando el contenido del documento o de la pericial, entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, de forma razonada, y no arbitraria o erróneamente, mayor valor, puesto que es al

Síguenos en...



Juzgador de instancia a quien corresponde la valoración de la prueba que se somete a su consideración, sin que la Sala pueda alterar esa opción probatoria, salvo en supuestos de error, o arbitrariedad judicial, como tampoco puede descansar la revisión en igual documental o pericial ya asumida por el Juzgador para confeccionar el hecho probado, salvedad hecha del error en esa valoración judicial.

Sin perder de vista estas consideraciones pasamos a examinar las reformas instadas.

En primer lugar, interesa la modificación del hecho probado primero de la sentencia; figura en el ordinal que el actor tiene una antigüedad reconocida de 8/03/2022, categoría profesional reconocida de pinche de cocina, y el concreto salario que percibe, y que debe tener la categoría profesional de repostero, señalando el salario bruto mensual que corresponde a la misma. Indica también que comenzó a prestar servicios para la demandada el 18/02/2022 en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada eventual por circunstancias de la producción, para atender "eventos de temporada", hasta el 7/03/2022, y que el 8/03/2022 suscribieron las partes un contrato de trabajo indefinido para prestar servicios el trabajador como ayudante de cocina, a tiempo completo.

Con apoyo en el documento 8 (consistente en las capturas de pantalla de la aplicación Google Maps sobre la ubicación diaria del teléfono móvil del trabajador), y el documento 7 aportado por dicha parte, interesa que se complete el ordinal, de manera que al salario bruto mensual que corresponde a la categoría de repostero, debe añadirse la cantidad correspondiente a 605 horas extras realizadas durante los 10 meses anteriores al despido y que ascienden a 1471,96 euros.

Reforma que no prospera; la Juzgadora ya ha valorado la referida prueba como resulta del fundamento de derecho segundo de la sentencia, rechazando que dicha documental avale lo pretendido, tratándose de documentos de parte impugnados por la empresa, que carecen de valor probatorio fehaciente en ausencia de un elemento de prueba adicional que corrobore la veracidad de los mismos, en tanto que judicialmente se asume que el demandante prestaba servicios de 9 a 17 horas, de acuerdo con los registros de jornada adjuntados por la empresa demandada (documento 5 de su ramo de prueba).

En suma, se trata de documentos ya valorados por el Juzgado, que concluye que no demuestran lo pretendido, valoración que no se muestra ni arbitraria, ni errónea.

A continuación, y con sustento en el documento 5 de la parte demandada, y nuevamente los documentos 7 y 8 de la parte actora, interesa la modificación del hecho probado sexto.

Como hemos anticipado el ordinal ahora cuestionado refleja que el actor prestaba servicios de 9 horas a 17 horas, y ello de acuerdo con el registro horario (documento 5 de la parte demandada).

Interesa al recurrente de modo principal, una redacción del ordinal conforme a la cual, según el documento 5 de la demandada el trabajador entre el 1 de julio de 2023 y el 15 de octubre de 2023 prestó servicios de 9 a 17 horas, si bien según capturas de pantalla de la aplicación Google Maps sobre la ubicación diaria del teléfono móvil del actor, ha prestado servicios los días y horas que el documento 8 de la parte actora señala, y que son los que constan en el documento 7 de la misma parte, esto es 605 horas entre el 1 de enero de 2023 y el 31 de octubre de 2023.

De manera subsidiaria, y con apoyo en igual documental, postula que figure en el hecho probado sexto, que según el documento 5 de la demandada el trabajador entre el 1 de julio de 2023 y el 15 de octubre de 2023 prestó servicios de 9 a 17 horas, añadiendo que "no consta sin embargo, la jornada realizada por el trabajador del 1 de enero de 2023 al 30 de junio de 2023".

Reforma que rechazamos. Nos hemos referido ya a la valoración por parte de la juzgadora de instancia de los documentos 7 y 8 de la parte actora (confeccionados por la parte demandante, sin aval técnico, y que la empresa ha impugnado). En consecuencia, no es posible admitir ni la redacción principal ni la subsidiaria que se propugna, no existiendo error alguno que subsanar en el ordinal, correctamente sustentado en los registros horarios del trabajador relativos a los 6 meses previos a la extinción de la relación laboral.

Finalmente interesa la modificación del hecho probado séptimo de la sentencia; el mismo refleja que la empresa demandada se puso en contacto con Mutua Universal, y el 27 de noviembre de 2023 comunicaron a la demandada que el trabajador estaba de alta desde el 16 de noviembre de 2023.

Pretende el demandante con apoyo en el documento 12 de su ramo de prueba que se añada al hecho probado que, el 29 de noviembre de 2023 el actor vía correo electrónico

reclamó extrajudicialmente el reconocimiento de la categoría de repostero, así como las diferencias salariales, pago del plus de formación y ropa de trabajo.

Nuevamente estamos ante una prueba que ya ha sido valorada por la Magistrada de instancia; en efecto la sentencia en el fundamento de derecho tercero alude al documento número 12 del ramo de prueba de la parte actora (incorporado al índice electrónico como documento cuatro), razonando que no consta acreditada la recepción por la empresa demandada de la reclamación extrajudicial.

Y tal conclusión judicial no ha quedado desvirtuada al no constar en de modo fehaciente su recepción y conocimiento por la empresa ni, en consecuencia, su vinculación con el cese del trabajador.

Precisamente porque no consta esa recepción por la demandada, deviene irrelevante el documento, insistimos ya valorado por la Juzgadora de instancia.

TERCERO.

El motivo segundo, con amparo formal en el artículo 193 c) de la LRJS, contiene la crítica jurídica, distribuida en tres apartados.

En el 1º de ellos, denuncia la infracción de los artículos 34.9 y 35.5 del ET, en relación con los artículos 94.2 de la LRJS, y con el artículo 217.7 de la LEC.

Razona, con apoyo en las modificaciones fácticas que ha propuesto en el motivo primero (y que hemos descartado), que han resultado vulnerados los preceptos que se erigen en sustento del motivo dado que, resulta acreditado tanto la jornada laboral que realizaba el trabajador y, consiguientemente las horas extras que señala, que comportan una media de 60, 5 horas mensuales, o cuanto menos 337 horas extras al mes, esto es, una media de 56,17 horas mensuales, exceso de jornada realizada en el período comprendido entre el 1 de enero de 2023 y el 30 de junio de 2023.

Hemos rechazado, como también lo ha hecho la instancia, la jornada laboral que sostiene el demandante que llevaba a cabo, por lo que falta el sustrato fáctico preciso para que prospere este primer apartado del motivo.

En el 2º de los apartados que alberga, denuncia la infracción de los artículos 54, 55.1 y 55.5, todos ellos del ET, en relación con el artículo 4.2 g) del mismo texto legal, y del artículo 24.1 CE, en relación, a su vez, con los artículos 26.2, y 183, ambos de la LRJS.

Sostiene que se ha vulnerado su garantía de indemnidad, que los motivos del despido no son la causa verdadera de la extinción contractual, sino que su cese está motivado por la reclamación extrajudicial a la empresa realizada el 29 de noviembre de 2023, esto es, 4 días antes de comunicarle la apertura del expediente sancionador. Afirma que la empresa procedió a despedirle por unos hechos que presuntamente se produjeron 15 días antes de que se comunicase por primera vez al trabajador que tenía un plazo para alegaciones, lo que tuvo lugar el 4 de diciembre de 2023, cuatro días después de esa reclamación extrajudicial, estando claramente ante una represalia empresarial a esa reivindicación del trabajador, tratando la empresa de desvincular la reclamación extrajudicial con el despido, que operó con efectos de 28 de diciembre de 2023.

Este apartado, que nuevamente descansa en un sustrato fáctico que no contiene la sentencia (hemos rechazado como lo ha hecho la instancia, que el correo de 29 de noviembre de 2023 fuera recibido por la empresa), va a ser examinado conjuntamente con la censura jurídica que contiene el apartado 2º bis del motivo, que descansa en la vulneración de los artículos 54, 55.1 y 55.5, todos del ET, en relación con el artículo 4.2 c) del mismo texto legal, y con los artículos 2.1 y 26 de la Ley 15/2022, para la igualdad de trato y la no discriminación, y con el artículo 14 CE.

Razona el recurrente que su despido es nulo dado que hay otra razón para el mismo, que consiste en que tras la primera baja médica, el actor inició nuevamente un proceso de IT el 20 de noviembre de 2023, seguidamente al alta médica del proceso anterior. De esta forma, concluye, se evidencia que el trabajador se convirtió en una molestia clara para la empresa, tanto porque procedió a reclamar sus derechos, como porque se encontraba en situación de IT, ignorándose cuál va a ser la duración de ese proceso, estando claramente ante una conducta discriminatoria.

Y vamos a examinar conjuntamente estos dos apartados del motivo segundo, partiendo de los hechos probados con que contamos.

De acuerdo con la sentencia, el actor ha venido prestando servicios para la demandada con una antigüedad reconocida de 8 de marzo de 2022, categoría profesional reconocida por la

empresa de pinche de cocina, y el salario que indica, si bien la categoría profesional que se reconoce en sentencia (y que no se combate por la empresa), es la de repostero, su antigüedad de 18 de febrero de 2022, correspondiéndole un salario bruto mensual de 1.811,14 euros. El trabajador actor prestaba servicios de 09:00 a 17:00 horas.

El demandante inició un proceso de IT por accidente laboral el 27 de octubre de 2023, con el diagnóstico de "otros traumatismos especificados de otra parte del cuello, contacto inicial", siendo revisado por Mutua Universal.

El 12 de noviembre de 2023 acudió a su MAP tras sufrir autolesión, recomendándole ser visto de forma urgente por su psiquiatra o médico de su mutua al estar de baja por accidente laboral.

El 16 de noviembre de 2023 el demandante acudió a Mutua Universal, siendo atendido por la coordinadora médica de la entidad, Sra. Maite, quien le manifestó que sus lesiones estaban curadas y que le daban al alta médica, pudiendo incorporarse a su trabajo; el demandante se mostró agresivo, se enfadó, y no quiso esperar a que le imprimieran al parte de alta. A lo largo de la mañana de ese día, la Mutua llamó por teléfono al trabajador para decirle de nuevo que estaba de alta y que dejaban el parte en administración, si bien éste no cogió el teléfono.

En la visita a la Mutua el actor solicitó una valoración con la psicóloga refiriendo estrés postraumático, valorando ésta al demandante, no apreciando estrés postraumático, si bien le recomendó acudir a su MAP para seguimiento por sus antecedentes psiquiátricos.

El demandante pasó a situación de IT por la contingencia de enfermedad común el 20 de noviembre de 2023, con el diagnóstico de "lesiones autoinfligidas".

La empresa demandada se puso en contacto con Mutua Universal, donde le comunicaron que el trabajador estaba de alta desde el 16 de noviembre de 2023.

El 4 de diciembre de 2023, la demandada remitió un burofax al actor (entregado al mismo dicho día) comunicándole la apertura de un expediente sancionador por una falta muy grave de inasistencia injustificada al trabajo los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2023, presentando el actor alegaciones el 6 de diciembre de 2023, remitiendo el 13 de diciembre de 2023 la empresa nuevo burofax al actor (entregado el 15/12/2023) dándole de nuevo traslado para alegaciones en relación con la inasistencia injustificada al trabajo los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2023, presentando éste alegaciones el 18 de diciembre de 2023.

El 27 de diciembre de 2023 la demandada le remitió carta de despido, con efectos del día siguiente (reproducida en el ordinal noveno de la sentencia).

La sentencia plasma que el actor no acudió a trabajar el 17 de noviembre de 2023 sin haber justificado esa ausencia, que al día siguiente -18 de noviembre- acudió al centro de trabajo para recoger unos enseres personales, y el gerente le preguntó qué hacía en la empresa, y que si le habían dado el alta médica; se retiraron a hablar, y al volver, el gerente le manifestó que si no estaba de alta no podía trabajar y que se marchara. El 19 de noviembre tampoco acudió a trabajar.

Consta que el 20 de noviembre el actor inició un proceso de baja médica por enfermedad común con el diagnóstico "lesiones auto infligidas".

La Juzgadora considera grave la conducta del demandante puesto que, conociendo perfectamente su situación de alta médica, comunicada de manera expresa y clara el día 16 de noviembre de 2023 por la coordinadora médica de la entidad colaboradora, no obstante, dejó de acudir a trabajar durante tres días (los días 17,18, y 19 de noviembre, siempre de 2023), es más, preguntado por el gerente si estaba de alta médica cuando acudió a la empresa a recoger determinados enseres personales el día 18 de noviembre, le ocultó que ya estaba de alta médica.

La sentencia recoge que resulta de aplicación a la relación laboral el convenio colectivo del sector de hostelería de Bizkaia, así como el VI Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE de 10/03/2023). El convenio colectivo remite al Acuerdo laboral para el sector de hostelería, a efectos disciplinarios (en este caso el VI Acuerdo), resultando que el artículo 40 del mismo en su numeral 1º contempla como falta muy grave, tres o más faltas de asistencia al trabajo sin justificar, en el periodo de 30 días, o bien diez faltas de asistencia en el periodo de 6 meses, o bien veinte faltas de asistencia durante 1 año, en tanto que en su numeral noveno, considera constitutiva también de falta muy grave, la simulación de enfermedad para no asistir al trabajo. Conforme al artículo 41 del citado Acuerdo, las sanciones que se pueden imponer a las faltas muy graves comprenden la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días, y el despido disciplinario.

Es decir, la sanción impuesta está dentro de las que contempla la norma convencional (por remisión), si bien tal dato con ser relevante, no permite sin más calificar como procedente la sanción de despido impuesta que, además ha de resultar proporcional.

Al efecto, traemos a colación la doctrina de la Sala Cuarta que, en relación a las infracciones tipificadas en el art. 54.2 ET, sostiene que para erigirse en causa que justifiquen la sanción de despido *"han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configura el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción. Ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado art. 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente"*(STS de 2 de abril de 1993, rec. 1635/1991).

La teoría gradualista consagrada por consolidada jurisprudencia, tiene su fundamento, en las consideraciones expuestas, de manera que deben ponderarse, en cada supuesto, las concretas circunstancias concurrentes, no bastando la existencia de un incumplimiento grave y culpable previsto en la norma.

Ello es así pues el poder disciplinario se ha de ejercer con una cierta equidad tendente a evitar que, por infracciones de parecida tipicidad se impongan sanciones de distinto rigor, sin considerar adecuadamente las circunstancias concurrentes, lo cual ha de realizarse en todo supuesto de despido, puesto que siendo la sanción de despido la más grave a imponer, debe reservarse para aquellos incumplimientos verdaderamente graves y culpables.

Llegados a este punto, se trata de valorar si la conducta enjuiciada puede sustentar el despido del demandante, que ha de mostrarse como respuesta empresarial proporcionada a tal conducta, para lo que hemos de valorar las circunstancias concretas, especialmente las del trabajador despedido, subrayando que no se advierte por la Sala lesión de derecho fundamental alguno del demandante, desde luego no de la garantía de indemnidad según hemos anticipado, como tampoco que su despido esté vinculado a su baja médica, sin perjuicio de que debamos considerar el estado psíquico del trabajador pues a la postre, ha motivado un segundo proceso de incapacidad temporal que comenzó el 20 de noviembre de 2023.

En efecto, estamos ante un trabajador que lleva en la empresa desde febrero de 2022, sin que conste que se le haya impuesto con anterioridad sanción alguna, es más en las prácticas que realizó en la demandada (entre septiembre de 2019 y enero de 2022), se le otorgó valoración de sobresaliente por su buena conducta y la forma de desenvolverse en la cocina. Consta que estando de baja médica por accidente de trabajo, el actor se produjo una autolesión, y su MAP le recomendó ser visto de forma urgente por su psiquiatra o por el médico de la mutua (dado que estaba de baja por accidente laboral), y precisamente cuando acudió a la Mutua el 16 de noviembre de 2023 se le dio el alta médica porque sus lesiones estaban curadas, y si bien la psicóloga determinó que no padecía estrés postraumático, en todo caso le recomendó acudir a su MAP dado que es un trabajador con antecedentes psiquiátricos, con la finalidad de valorar su estado, y de hecho ésta fue la causa por la que fue dado de baja médica el 20 de noviembre de 2023 por "lesiones autoinfligidas".

Es decir, sin perjuicio de que estuviera de alta médica desde el 16 de noviembre de 2023 por las lesiones derivadas del accidente laboral, y que los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2023 no acudió a trabajar, constatamos que el trabajador aquejaba un problema psíquico que comenzó durante la baja médica de accidente de trabajo (en concreto el día 12 de noviembre de 2023, ya acudió a su MAP), y de forma inmediata a sus ausencias al trabajo, el día 20 de noviembre de 2023 fue dado de baja médica por tal causa.

Consideramos que, en tal tesitura, valorando que los problemas psíquicos no debutan de un día para otro y, en consecuencia, considerando que el estado del trabajador no podía ser estable desde la perspectiva psíquica los días 17, 18, y 19 de noviembre, cuando unos días antes ya se había autoinfligido lesiones y cuando lo vuelve a hacer (pues es la causa de la baja médica de 20 de noviembre de 2023), concluimos que el despido es desproporcionado.

Ello es así al acreditarse que el trabajador presentaba un estado psíquico que le inhabilitaba para el trabajo cuando no acudió los días que han servido para sustentar su despido, como se desprende de los extremos fácticos que hemos expuesto.

Recalamos que no excusamos el comportamiento irregular del trabajador en los 3 días que faltó a su puesto de trabajo sin estar cubierto por una baja médica expedida en debida forma por los servicios médicos, si bien consideramos que dada la índole de su dolencia, que comenzó antes de ser dado de alta médica, y que apenas 3 días después de la misma motiva

una nueva baja médica, tratándose de un trabajador con antecedentes psiquiátricos, el despido es improcedente ex artículo 56 del ET, por resultar claramente desproporcionado valorando las circunstancias que hemos expuesto.

En consecuencia, se estima parcialmente el recurso de suplicación, declarando improcedente el despido del demandante, con las consecuencias establecidas en el artículo 56 del ET, si bien y para el supuesto de optar la empresa por la readmisión, no ha lugar al abono de salarios de tramitación durante el tiempo en que el demandante ha permanecido de baja médica desde el 20 de noviembre de 2023.

CUARTO.

La estimación parcial del recurso de suplicación impide la condena en costas (artículo 235 LRJS)

FALLAMOS

Se **estima parcialmente** el recurso de suplicación formulado por D. Doroteo frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao, de fecha 05 de noviembre de 2024, dictada en los autos de despido 183/2024, seguidos por D. Doroteo frente a TORRE ARRIAGA S.L. Declaramos la improcedencia del despido de D. Doroteo operado el 28 de diciembre de 2023, condenando a la empresa Palacio Torre de Arriaga SL a que a su elección, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte por la readmisión del trabajador con abono de salarios de tramitación desde el despido y hasta que la readmisión tenga lugar, descontando los periodos de baja médica en los que haya estado incurso el trabajador, o bien el abono una indemnización de 3766,18 euros, entendiéndose que de no hacerlo en tiempo y forma opta por la readmisión. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

VOTO PARTICULAR

que realiza el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pablo Sesma de Luis en el recurso de Suplicación 126/2025

El VI Acuerdo Laboral de Ambito Estatal para el Sector de la Hostelería, al que se remite el Art. 32 del convenio colectivo de hostelería de Vizcaya, en materia disciplinaria, dispone en el Art. 40.1 que constituye falta muy grave la inasistencia al trabajo, sin justificar, durante tres o más días, en el periodo de treinta días.

El Art. 40.1-b) de la misma norma dispone que las faltas muy graves pueden ser sancionadas con el despido disciplinario.

En el presente caso ha quedado demostrada la imputación contenida en la carta de despido: el demandante no acudió al trabajo los días 17, 18 y 19 de Noviembre de 2023; y no existe justificación alguna para dicha ausencia.

Por consiguiente, la aplicación objetiva de lo previsto en la norma colectiva ampara la decisión empresarial, por lo que el Tribunal debió confirmar la sentencia que declaró la procedencia del despido.

La misma norma colectiva establece la posibilidad de imponer sanciones menos severas para las faltas muy graves; pero en el presente caso no solo no concurre circunstancia

Síguenos en...



alguna que atenúe la responsabilidad del trabajador sino que, al contrario, concurren circunstancias agravantes.

En efecto, la mutua comunicó al trabajador el alta de la incapacidad temporal el 16 de Noviembre de 2023 y lo hizo en términos absolutamente claros y comprensibles a tal punto que no fue del agrado del hoy demandante, cuya reacción fue airada. De seguido, se negó a responder telefónicamente la reiteración del alta cursada por la mutua.

Dos días después, el 18 de Noviembre de 2023, acudió a la empresa por alguna razón personal y a preguntas del encargado y en presencia de terceros negó que le hubieran dado de alta.

Por consiguiente, lejos de cualquier malentendido o confusión mental, el trabajador era plenamente consciente de que debió incorporarse a la actividad; lo que no hizo, concurriendo además engaño, ocultación y malicia, como lo confirma la nueva incapacidad temporal que por enfermedad común obtuvo el día 20 de noviembre de 2023, a la que no puede atribuirse el efecto retroactivo de remediar una situación ya consolidada.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, junto con el Voto Particular del Ilmo. Magistrado D. Pablo Sesma de Luis, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del BANCO SANTANDER, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del BANCO SANTANDER, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699000066012625.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699000066012625. Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

