

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA**

Sentencia 272/2017, de 8 de marzo de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 1047/2016

**SUMARIO:**

**Despido disciplinario.** *Negativa del trabajador a registrar sus entradas y salidas en horas intermedias, a pesar de hacerlo tanto a la entrada como a la salida de su trabajo.* Entiende el Tribunal, confirmando la sentencia de instancia, que la negativa a fichar no es grave pese a existir un control automático de registro de entradas y salidas, porque no se ha acreditado que la empresa obligue a los trabajadores a cumplirlo rigurosamente, y ello a pesar de no haber constancia de si se trata o no de un incumplimiento generalizado y consentido por la empresa.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 20.3 y 34.4 y 5.

**PONENTE:**

*Don Rubén Antonio Jiménez Fernández.*

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente:

**SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Miguel, contra la sentencia número 108/2016 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 11/04/2016, dictada en proceso número 81/2016, sobre DESPIDO, y entablado por D. Damaso frente al MINISTERIO FISCAL y D. Juan Miguel.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO. El demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de farmacia, con antigüedad de 1 de junio de 2.009.

SEGUNDO. El trabajador ostentaba la categoría profesional de farmacéutico y percibía un salario mensual de 2.443,12 euros, incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

TERCERO. El día 27 de enero de 2.016 el actor fue despedido por la empresa demandada mediante comunicación escrita que obra en autos y cuyo contenido se da íntegramente por reproducido.

CUARTO. El pasado 12 de enero se produjo una visita de la Inspección en la oficina de farmacia en la que presta servicios el demandante.

QUINTO. La Inspección observó que el libro recetario no se estaba firmando diariamente y que la última firma consignada era de 8-4-14.

SEXTO. Asimismo se detectó que un estupefaciente estaba caducado desde diciembre de 2.014 y que sólo había una ampolla de cloruro mórfico, cuando las existencias mínimas obligatorias han de ser tres.

SÉPTIMO. En fecha 19-1-16 el demandado presentó ante la Inspección el libro recetario firmado hasta 17-1-16 y el libro de estupefacientes en el que consta la subsanación de las deficiencias referidas en el párrafo anterior.

OCTAVO. El demandante firmó el protocolo de la farmacia como responsable de los libros de psicótopos y estupefacientes (éste con la ayuda de otro trabajador), de la relación mensual a sanidad de medicamentos de especial control médico, así como del control de medicamentos estupefacientes y de caducidades de los mismos.

NOVENO. El actor prestaba servicios en horario de 15 a 23 horas.

DÉCIMO. Los trabajadores disponen de un descanso de veinte minutos durante la jornada laboral.  
UNDÉCIMO. La empresa dispone de un sistema automatizado de registro de entradas y salidas. En noviembre de 2.014 se explicó a los trabajadores por medio de un mensaje de correo electrónico cuáles eran las claves que tenían que utilizar en cada caso.

DUODÉCIMO. El demandante no ostentaba en la fecha del despido ni durante el año anterior al mismo cargo alguno de representación sindical o legal de los trabajadores.

DECIMOTERCERO. El demandante presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., que se tuvo por intentada sin efecto.

### **Segundo.**

Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Damaso contra la empresa LUIS CANO CERÓN, declaro IMPROCEDENTE el despido del actor y condeno a la empresa demandada a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido- o, a elección del empresario, a abonarle la cantidad de VEINTE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (20.541,84 €) en concepto de indemnización. En caso de que se opte por la readmisión, la empresa deberá abonar una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (27-1-16) hasta el día de la notificación de la sentencia al empresario, a razón de 80,32 euros diarios. La opción por el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

El empresario deberá ejercitar la opción entre la readmisión o la indemnización en el plazo de los cinco días hábiles siguientes al de la fecha en que le sea notificada esta sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado. En el caso de que el empresario no efectúe esta opción dentro del plazo expresado, se entenderá que procede la readmisión".

### **Tercero.**

De la interposición del recurso y su impugnación.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por el Letrado D. Luis Alberto Prieto Martín, en representación de la parte demandada D. Juan Miguel.

**Cuarto.**

De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el Letrado D. José Tárraga Poveda en representación de la parte demandante.

**Quinto.**

Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 6 de Marzo de 2017 para los actos de votación y fallo. A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Fundamento primero.**

La sentencia de fecha 11 de abril del 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena en el proceso 81/2016, estimó en parte la demanda deducida por D. Damaso contra la empresa D. Luis Cano Cerón, en virtud de la cual accionaba para impugnar el despido disciplinario de fecha 27/1/2016 acordado por la empresa demandada y declaró la improcedencia del despido y condenó a la empresa demandada a que, a su opción, bien a readmitir al trabajador condenándola al pago de los salarios dejados de percibir, bien a dar por extinguida la relación laboral, mediante el pago de una indemnización de 20.541,84€.

Disconforme con la sentencia, la empresa demandada interpone contra la misma recurso de suplicación, solicitando, de un lado, la revisión de los hechos declarados probados y, de otro, la revocación de la sentencia para que se dicte otra desestimatoria de la demanda, denunciando la infracción del artículo 49 del convenio aplicable, en cuanto declara la improcedencia del despido o, subsidiariamente, la eliminación de la opción por la readmisión, por la infracción de lo dispuesto en el artículo 110 de la LRJS, así como la del artículo 108 de la LRJS porque la sentencia no autoriza una sanción alternativa.

El trabajador demandante se pone al recurso, habiéndolo impugnado.

Procede, en primer lugar el examen de la revisión de los hechos declarados probados, aunque el recurso plantea su revisión, con posterioridad al análisis de la censura jurídica que se formula.

**Fundamento segundo.**

Se solicita la revisión de los hechos declarados probados, en el sentido de incluir nuevos apartados, aparte de los ya consignados en la versión judicial.

Se solicita la adición de un apartado que exprese: "los hechos imputados al actor pueden acarrear al titular de la farmacia las responsabilidades administrativas y penales que se recogen en el documento nº 4 de los apartados por la parte demandada y que se da por reproducido"; la revisión se fundamenta en el citado documento, pero no puede prosperar, de un lado, porque se pretende incluir como hecho declarado probados lo que es un juicio valorativo de la parte demandada; de otro, por su falta de relevancia para alterar el sentido de la sentencia, pues a tal efecto lo importante no son los hechos imputados en la carta de despido, sino los que han quedado acreditados. Todo ello sin perjuicio de que el citado documento deba ser tenido en cuenta a efectos de evaluarla gravedad del incumplimiento contractual que haya quedado probado.

Se solicita la inclusión de un nuevo apartado del siguiente tenor "en la empresa múltiples trabajadores han disfrutado del permiso de maternidad y paternidad y no consta que se les sancionara ni por estos motivos ni por otros"; la revisión se fundamenta en el documento nº 6 de los aportados por la empresa, pero no puede prosperar, no solo porque el dato ya figura en la fundamentación jurídica, con ocasión del rechazo de la nulidad invocada del despido, sino, también, por su falta de trascendencia, pues el demandante no ha interpuesto recurso por el rechazo de la nulidad del despido que se invoca en la demanda.

Se pide la inclusión de un nuevo apartado del siguiente tenor: El actor al principio de instaurarse y durante unos días si fichaba en los descansos lo que demuestra que era obligatorio y así se demuestra con el fichaje de todos sus compañeros"; la ampliación se fundamenta en el documento nº 10 de los aportados con la demanda (listados de control de entradas y salidas), pero no puede prosperar, de un lado porque la redacción que se propone es valorativa y, de otro, porque solo se aporta información, además del actor, de uno solo de los trabajadores de la empresa (Piedad) y del examen de la información referida a esta si se comprueba que la misma es más regular en el uso del sistema de control de entradas y salidas, pero no es exhaustiva pues son muchos los días en los que no se deja constancia de salidas por descanso.

Se solicita la inclusión de un nuevo apartado que exprese "el actor en la papeleta de conciliación previa a la demanda no da ni una sola justificación de las conductas que se le imputan": la revisión se fundamenta en el documento nº 12 de los aportados por la demanda (papeleta de conciliación), pero no puede prosperar, por su falta de trascendencia para alterar el sentido de la sentencia, no solo porque la papeleta de conciliación no es el momento procesal adecuado para justificar que no se han producido los incumplimientos imputados y el relato que en la misma se hace es compatible con los hechos que se expresan en la demanda, sino porque, ante la eventual incongruencia de la sentencia por pronunciarse sobre hechos nuevos, no se solicita su nulidad, ni la supresión de apartado alguno de la versión judicial.

### Fundamento tercero.

En la carta de despido se imputaban cuatro tipos de incumplimientos contractuales. A saber: A. lo referidos a la llevanza del libro de Especial Control Médico de ECM. B- Los relativos a la llevanza del libro recetario. C. Los relacionados con el control de estupefacientes. D. Los referidos al abandono del trabajo.

La sentencia recurrida ha declarado la improcedencia del despido: A. En cuanto a los hechos relativo a la llevanza del Especial Control Médico de ECM, porque no ha sido acreditada. B. En relación a la llevanza del libro recetario, por no ser constitutiva de infracción muy grave; C. En cuanto al control de estupefacientes, por no ser constitutiva de infracción muy grave. D. En lo referido a los abandonos del puesto de trabajo, por no estar debidamente acreditados.

De tal criterio discrepa la empresa demandante, por lo que procede su examen por separado.

A. En relación con las irregularidades en la llevanza del libro Especial Control Médico de ECM, imputadas en la carta de despido. Los hechos declarados probados no dejan constancia de dato alguno referido a este hecho y, en la fundamentación jurídica, se razona porque el hecho no está acreditado. El recurso no pide la revisión de los hechos declarados probados en relación a tal imputación, por lo que el criterio del juzgador de instancia debe ser confirmado.

B. En lo que se refiere a las irregularidades en la llevanza del libro recetario; los hechos declarados probados solo dejan constancia de que "el libro recetario no se estaba firmando diariamente y que la última firma consignada era de 8/4/2014 (apartado quinto) y que el 19/1/2016 el demandado presentó ante la Inspección el libro recetario firmado hasta el 17/1/2016" (apartado séptimo); en relación a tales hechos la sentencia estima que se trata de irregularidades formales, subsanadas el día 19 de enero y que la Inspección reflejó la explicación ofrecida, consistente en que no se había recibido el nuevo libro del Colegio de Farmacéuticos y que, incluso en el caso de haber quedado acreditada la integridad de la imputación de la empresa, solo podrían constituir falta grave de negligencia o desidia, previstas en el artículo 49.5b) del convenio, si se hubiera acreditado la efectiva afectación de la buena marcha del servicio. Esta sala coincide con el criterio del juzgador de instancia, pues frente a la genérica descripción de los incumplimientos contractuales graves de las obligaciones del trabajador que se contienen en el artículo 54 del ET, los convenios colectivos llevan a cabo una clasificación de los mismos, en función de su mayor o menor gravedad, y los hechos que se declaran probados en relación con las irregularidades referidas a la llevanza del libro de recetas, no se pueden incardinar en ninguna de las faltas que, como muy graves, se tipifican en el artículo 49.C del Convenio colectivo aplicable; tan solo cabe incardinarla en la falta grave que por " negligencia o desidia probada en el trabajo que afecte la buena marcha del servicio", se contempla en el apartado B.5 del citado precepto, pero, en el presente caso, no ha quedado acreditado que tal negligencia haya afectado a la marcha del servicio. Así mismo se ha de hacer constar que, de los términos del documento nº 5 de los aportados por la empresa demandada, no resulta que el actor fuera el responsable de la llevanza del libro recetario.

C. En relación a las imputaciones contenidas en la carta de despido, referidas al control de estupefacientes, los hechos declarados probados, cuya modificación no se solicita, dejan constancia de que "un estupefaciente estaba caducado desde diciembre de 2014 y que solo había una ampolla de cloruro mórfico, cuando las existencias mínimas obligatorias han de ser tres" (apartado sexto), deficiencias que fueron subsanadas, reflejándolo en el libro de estupefacientes (apartado séptimo). En relación a tales hechos, la sentencia recurrida razona que solo podrían constituir falta grave de negligencia o desidia, previstas en el artículo 49.5b) del convenio, si se hubiera acreditado la efectiva afectación de la buena marcha del servicio. Esta sala coincide con el criterio del juzgador de instancia, pues no existe constancia de que el estupefaciente caducado hubiera sido vendido, y por el hecho de que el mismo estuviera caducado no se puede concluir que se podía haber procedido a su venta, pues el control acerca de su caducidad también se lleva a cabo en el momento de la venta; en relación a la segunda irregularidad (no tener en existencias más que una ampolla de cloruro sódico), tampoco cabe apreciar su gravedad, dados los mecanismos que en la actualidad existen para que las farmacias puedan conseguir un determinado producto en muy escaso lapso de tiempo de los depósitos de productos farmacéuticos a los que están asociadas o vinculadas. Los hechos declarados probados en relación a este punto no están comprendidos en las conductas que el código penal tipifica en los artículos 360 y 361.

D. En relación al cuarto tipo de incumplimientos imputados) por no fichar cada vez que entra o sale de la farmacia) y abandonar a diario el centro de trabajo para cenar, después de haber disfrutado del tiempo de descanso).

La sentencia, en cuanto a la negativa a fichar, estima que el mismo no es grave pese a existir un control automático de registro de entradas y salidas, porque no se ha acreditado que la empresa obligue a los trabajadores a cumplirlo rigurosamente, pues solo aporta datos referidos a uno solo de sus trabajadores; el criterio del juzgador de instancia debe ser confirmado por esta sala, pues es evidente que la prueba aportada a efectos de determinar la obligatoriedad de tal control no ha sido completa, habiéndose aportado solo de uno de los trabajadores y no de los restantes, para poder constar si por el actor existe una resistencia a cumplir con tal tipo de control o se trata de un incumplimiento generalizado y consentido por la empresa; es más los datos aportados referidos al registro de entradas y salidas de la empleada llamada Piedad ponen de manifiesto que la misma no registra en todos los días las salidas del centro de trabajo en horas intermedias entre la de entrada y salida.

En cuanto al incumplimiento imputado referido al abandono durante 40 minutos del centro de trabajo para cenar. La sentencia recurrida aprecia, en un principio, defecto en la carta de despido, porque en la misma no se concretan las fechas y, así mismo, déficit de prueba, pues tales ausencias no se pueden concluir por el hecho de que en el registro de ventas no se puedan apreciar las llevadas a cabo por parte del demandante en una determinada franja horaria y, en el fundamento de derecho undécimo, argumenta sobradamente las razones por las cuales estima que la prueba practicada no es suficiente. Esta sala no aprecia hechos ni circunstancias para discrepar del criterio del juzgador de instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, la sentencia recurrida, en cuanto declara la improcedencia del despido, no infringe los artículos 56, 54 del Estatuto de los trabajadores, ni el 49 del convenio colectivo aplicable, ni los artículos 360 y 361 del código penal. Procede, en consecuencia, la desestimación de la petición principal contenida en el recurso.

#### **Fundamento cuarto.**

El recurso denuncia la infracción del artículo 108 de la LRJS, porque la sentencia no autoriza a la empresa a imponer una sanción alternativa de menor entidad. No se concreta cual sea la consecuencia jurídica de tal omisión, aunque tratándose de la vulneración de norma procesal, solo sería invocable a través del motivo contemplado en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS. En cualquier caso, el citado precepto no establece la obligatoriedad del pronunciamiento alternativo que se pretende y, además, la sentencia argumenta suficientemente que la conducta puede ser merecedora de sanción por falta grave, por lo que la ausencia de pronunciamiento expreso autorizando a imposición de sanción menor no genera indefensión.

#### **Fundamento quinto.**

En el recurso, sin invocar la nulidad de la sentencia, y al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del artículo 110 de la LRJS, porque la empresa demandada ya manifestó el sentido de su



opción por la readmisión, en el acto del juicio; se lleva a cabo tal denuncia sin concretar cual sea el momento del juicio en el que se hizo tal manifestación. Examinada la grabación del juicio, no existe constancia de que la empresa demandada, tanto con ocasión de la contestación a la demanda, en la fase de alegaciones, como en la fase de conclusiones hiciera manifestación alguna en el sentido de optar anticipadamente por la extinción indemnizada del contrato, por lo que no cabe apreciar que la sentencia vulnere el artículo 110 de la LRJS.

#### **Fundamento sexto.**

De conformidad con los términos del artículo 235 de la LEC, procede imponer a la empresa autora del recurso, el pago de las costas causadas por el mismo.

#### **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Miguel, contra la sentencia número 108/2016 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 11/04/2016, dictada en proceso número 81/2016, sobre DESPIDO, y entablado por D. Damaso frente al MINISTERIO FISCAL y D. Juan Miguel; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia; con imposición a la parte recurrente de las costas procesales del recurso, de conformidad con el artículo 235 de la LRJS, fijándose en 300 euros el importe de los honorarios del Letrado de la parte contraria.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

#### **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 al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, cuenta número: ES553104000066104716, a nombre de 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 consistiese 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 y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, cuenta corriente número ES553104000066104716, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase 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.

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 juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.