



Roj: **STSJ LR 387/2023 - ECLI:ES:TSJLR:2023:387**

Id Cendoj: **26089340012023100130**

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

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2023**

Nº de Recurso: **125/2023**

Nº de Resolución: **134/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DE LAS MERCEDES OLIVER ALBUERNE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Logroño, núm. 3, 02-08-2023 (proc. 700/2022) ,
STSJ LR 387/2023**

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00134/2023

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 597

Correo electrónico: saladelosocial.tsj@larioja.org

NIG: 26089 44 4 2022 0002135

Equipo/usuario: BMB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000125 /2023

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000700 /2022

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE SEMARK AC GROUP, S.A.

GRADUADA SOCIAL: ESTER URRACA FERNANDEZ

RECURRIDOS: Fernando , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

ABOGADO: MANUEL SAEZ OCHOA, LETRADO DE FOGASA , ,

Sent. Nº 134-2023

Rec. 125/2023

Ilma. Sra. D^a M^a José Muñoz Hurtado. :

Presidenta. :

Ilmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares. :

Ilma. Sra. D^a Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a dieciséis de Noviembre de dos mil veintitrés.



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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 125/2023 interpuesto por SEMARK AC GROUP, S.A. asistido de la Graduada Social D^a Ester Urraca Fernández, contra la SENTENCIA nº 86/2023 de fecha 2 DE AGOSTO DE 2023, recaída en Autos nº 700/2022, del Juzgado de lo Social nº TRES de Logroño y siendo recurridos D. Fernando asistido del Abogado D. Manuel Saez Ochoa y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL asistido del Letrado de Fogasa, ha actuado como **PONENTE LA ILMA. SRA. DOÑA MERCEDES OLIVER ALBUERNE.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, por D. Fernando se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número TRES de Logroño, contra SEMARK AC GROUP, S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en reclamación de DESPIDO.

SEGUNDO .- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 2 DE AGOSTO DE 2023 recayó sentencia cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- El demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad del 28.08.2018, categoría profesional de auxiliar de caja de 22 ó más años; todo ello en virtud de contrato de trabajo suscrito en esa fecha que las partes acordaron modificar a partir del 1.10.2018 según estipulaciones por las que el actor pasaba a desempeñar las funciones de persona de confianza del Encargado del centro situado en C/ Plaza s/n de Casalarreina (entre otras la apertura/cierre del establecimiento, realización de ingresos bancarios y recogida de cambios, cuadro de cajas... siendo responsable del dinero manejado) y pasaba a percibir en concepto de plus de Responsabilidad la cantidad de 60 €/mes en las doce pagas ordinarias.

SEGUNDO.- Percibía así en remuneración por sus servicios los siguientes conceptos:

Salario base (2981 €/día)

Antigüedad (149 €/día)

Prorrateso paga beneficios (261 €/día)

Quebranto de Moneda (149 €/día)

Plus Responsabilidad (200 €/día)

Pagas extra Diciembre y Junio (522 €/día)

TOTAL (4262 €/día)

TERCERO.- A la relación laboral existente entre las partes le era de aplicación el Convenio Colectivo de Comercio en General de La Rioja (BOR nº 87 de 30.06.2007).

CUARTO.- Con fecha 21.10.2022 la empresa le comunicó su despido mediante carta del siguiente tenor literal:

« *Muy Sr Nuestro:*

Por medio de la presente le comunicamos al rescisión de la relación laboral con fecha de efectos a 21 de octubre de 2022.

Los motivos se basan en que Ud viene demostrando muy poca predisposición e implicación en su puesto de trabajo. Además, tampoco trabaja ni rinde, como corresponde a lo que requiere la empresa y además ha incumplido de forma muy grave las normas internas, y en su caso, es especialmente grave por el puesto de responsabilidad que ocupa dentro del equipo de gestión de la tienda.

En concreto:

- El 6 de octubre Ud estaba de responsable de la tienda en turno de tarde. Al finalizar su turno y cerrar la tienda, dejó las llaves puestas en la puerta del almacén que da hacia el exterior. Al día siguiente, la jefa de turno se



encontró las llaves puestas a las 7 y media de la mañana. Al decírselo a Ud, le dijo que fue un despiste. Esto pudo ocasionar consecuencias gravísimas para la integridad de la tienda.

- Por otra parte, no da soluciones al personal, porque durante toda su jornada está encerrado en la oficina. Cuando se le llama a caja, no acude. Deja la tienda sin recoger, sin frontera e incorrecta para cada día siguiente.

- Cuando se queda solo en su turno como responsable, sale fuera a la calle delante de la tienda a fumar, y a hablar por teléfono, en ocasiones durante más de una hora.

- Cuando está de turno de tarde, tiene como costumbre faltar al trabajo los fines de semana. Por ejemplo, cuando llamó para decir que estaba malo, el 26 de septiembre, y los días 7 y 8 de octubre sin presentar ningún tipo de justificante médico.

- Durante el pasado verano, se ha encontrado el horno sucio y con restos de comida en su turno, en varias ocasiones.

- El 14 de octubre Ud estaba en turno de mañana en caja. Ese día, envió un mensaje a la responsable de tienda, diciendo que quería marcharse antes. Posteriormente, llamó a la encargada para preguntar si Ud estaba en el descanso cuando envió el mensaje, pero no estaba. Esto es, llevaba el móvil consigo cuando esto está prohibido.

Como Ud comprenderá, esta actitud no se puede permitir, porque repercute directamente en la imagen y rendimiento del establecimiento, y en su caso, con más gravedad si cabe, porque su puesto exige otra actitud. Por todo ello, se ha perdido la confianza en Ud, lo que justifica la decisión de extinguir la relación laboral.

Así, la decisión de la Dirección de la empresa queda avalada como causa de despido disciplinario y se basa en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores : letras d) y e): "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", y "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado", respectivamente.

Del mismo modo, es de aplicación el Acuerdo para la sustitución de la Ordenanza de Comercio de La Rioja, y publicado en el BOE de núm 86, de 9 de abril de 1996, en cuyo artículo 16, puntos 14 y 16, se dice que será falta muy grave: "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal de su trabajo, siempre que no esté motivada por derecho alguno reconocido por las Leyes", así como "el abuso de confianza en las gestiones encomendadas".

Por otra parte, la liquidación por todos los conceptos será ingresada en su cuenta el 25 de octubre y se le adjunta el documento del finiquito a esta comunicación.

La empresa también realizará a través de certific@2 la comunicación de su certificado de empresa para que, si tiene derecho y lo desea, solicite la prestación por desempleo.

Atentamente».

QUINTO.- El actor prestaba habitualmente servicios de lunes a sábado (salvo prestación de servicios en domingo/festivo compensado con descanso en lunes).

Faltó al trabajo el lunes 26 de septiembre (llamó diciendo que le dolía la espalda), también el viernes 7 y el sábado 8 de octubre de 2022 (avisó tenía baja por tendinitis con alta pero se cogía fiesta para recuperarse), prestando servicios con normalidad a partir de lunes 10.

SEXTO.- El 6 de octubre de 2022 (jueves) prestó servicios en turno de tarde, fichando de 16.56 a 21.53 horas. Como persona de confianza el actor era el encargado de cerrar el establecimiento.

Al día siguiente cuando la responsable procedió a aperturar el establecimiento al inicio del turno se encontró puestas las llaves en la puerta del almacén.

SÉPTIMO.- El 14 de octubre prestó servicios en turno de mañana (de 8.45 a 14.58 horas, siendo su hora de salida a las 15.00 horas. Había solicitado a la jefa de tienda permiso para salir antes que le fue denegado.

OCTAVO.- Sus compañeros venían quejándose a la jefa de tienda de que salía a fumar a la calle, no acudía a caja cuando se le llamaba, que hablaba por teléfono durante la jornada laboral...

La responsable había mantenida varios desencuentros con él en relación a su desempeño laboral.

NOVENO.- Con fecha 2 de Diciembre de 2022 se celebró el preceptivo acto de conciliación previo a la vía jurisdiccional que el actor había instado el 20.11.2022 con el resultado de SIN AVENENCIA.

F A L L O : Que estimando la demanda interpuesta por D. Fernando contra la empresa SEMARCK AC GROUP S.A., debo declarar y declaro la improcedencia del despido producido con efectos del 21.10.2022 condenando a esta demandada a que en el plazo de cinco días opte por readmitir a la trabajadora en iguales condiciones



de trabajo existentes al tiempo del despido o indemnizarle con la suma de 5.86025 €, con abono, en el primer caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de 4262 Euros diarios.

La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por SEMARK AC GROUP, S.A., siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente solicita mediante su recurso la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado y que se dicte nueva resolución por la que se declare la procedencia de despido efectuado.

= Articula la parte el recurso en un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el Art.193.c) de la LRJS para denunciar infracción por aplicación indebida del art. 54. d), trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo y e) del ET, disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, en relación con los art. 16. Apartados 14 y 16 del acuerdo para la sustitución de la ordenanza de comercio (BOE 9/4/1996) y jurisprudencia en relación con la teoría gradualista.

- Alega la parte al respecto, que consta en los fundamentos de derecho, con valor de hecho probado, que son ciertos los hechos que se imputan al actor el día 21 de octubre de 2022: Evidente negligencia al dejar puestas las llaves del establecimiento toda la noche; ausencias sin justificar los días 26 de septiembre y 7 y 8 de octubre; ausentarse del puesto de trabajo el día 14 de octubre; entendiéndose por la Juzgadora, que las faltas cometidas resultan insuficientes para considerar la conducta constitutiva de una falta muy grave merecedora del despido, aun considerando falta muy grave las ausencias al trabajo sin justificar, que puede ser falta leve (no cursar en tiempo oportuno la baja); cuando el trabajador no ha aportado esa justificación en el acto de juicio, por lo que por sí misma sería merecedora de la calificación de muy grave, constando además como hecho probado que la responsable de la tienda había mantenido ya varios desencuentros laborales con el trabajador, tratándose de una conducta reiterada.

SEGUNDO.- La parte recurrente en el único motivo de su recurso, parte del relato de hechos probados y afirmaciones fácticas de la propia sentencia recurrida para calificar los incumplimientos por parte del actor, que han quedado acreditados, como constitutivos de falta muy grave merecedora de la sanción del despido, centrándose en el incumplimiento relativo a las ausencias al trabajo sin justificar, el lunes 26 de septiembre, el viernes 7 y el sábado 8 de octubre de 2022, alegando que el trabajador ni siquiera ha aportado la justificación en el acto del juicio.

- En el hecho probado quinto de la Sentencia recurrida consta expresamente, el actor que faltó al trabajo el lunes 26 de septiembre (llamó diciendo que le dolía la espalda), también el viernes 7 y el sábado 8 de octubre de 2022 (avisó tenía baja por tendinitis con alta pero se cogía fiesta para recuperarse), prestando servicios con normalidad a partir de lunes 10; afirmándose en el Fundamento de derecho cuarto, que la empresa ha acreditado la omisión por parte del trabajador de justificar las excusas verbales que dio.

Ahora bien, se entiende por la Juzgadora y esta Sala lo comparte, que si bien dicho incumplimiento es susceptible de incardinarse como falta muy grave en el Art. 16.1 del Acuerdo para la sustitución de la Ordenanza de comercio (BOE 9/4/1996); en el que se establece como falta muy grave: "*Faltar más de dos días al trabajo sin la debida autorización o causa justificada en un año*", dado que esa justificación no documentada, fue verbal por lo que resulta desproporcionada la sanción de despido, recogiendo en el Art. 14. 2 del citado Acuerdo, prevé como falta leve: "*No cursar en tiempo oportuno la baja correspondiente cuando se falte al trabajo por motivo justificado, a no ser que se pruebe la imposibilidad de haberlo efectuado*".

- No habiéndose incidido por la parte recurrente de modo expreso en los otros dos incumplimientos del trabajador, acreditados, debemos asumir los argumentos de la Sentencia recurrida, incumplimientos, que la Sentencia ha descrito respectivamente como un descuido importante en un caso (hecho probado sexto) Art. 15.3, constitutivo en su caso de falta grave, no sancionable con el despido conforme al Art. 18.2ª del Acuerdo; y el otro, abandono del puesto de trabajo por escasos 10 minutos, que precisa un perjuicio grave o riesgo, ni siquiera mencionado, que daría lugar a una falta leve prevista en el Art. 14.6.

- Resta por último añadir, que no ha quedado acreditada la reiteración del trabajador en una conducta trasgresora e incumplidora, con fundamento en unos desencuentros con el mismo por parte de la encargada



(HP octavo) cuyo conocimiento no era directo, sino por referencia de otros trabajadores, conforme a la valoración de la prueba testifical de la misma realizada por la Juzgadora, que como elemento personal de prueba esta sala nunca podría volver a valorar.

- La cuestión suscitada gira en torno a si la Sentencia recurrida ha aplicado debidamente la teoría gradualista a los efectos de valorar la proporcionalidad de la sanción de despido impuesta al trabajador por su conducta, denunciándose la interpretación errónea en que se ha incurrido de lo dispuesto en los art. 54.2 d) y e) del ET, y de la doctrina jurisprudencial de la teoría gradualista.

La teoría gradualista, exige una determinada gravedad en la conducta imputada al trabajador sancionado, lo que obliga a una necesaria individualización de la misma y de las circunstancias concurrentes, a los efectos de poder llegar a una "adecuación suficiente" entre la conducta, la culpabilidad y la sanción a imponer (SSTS 6/04/1987 o de 24/05/1989, entre otras muchas), al ser el despido la máxima sanción imponible.

Como se afirma en la STS de 15 de enero de 2009: "...En todo caso, es preciso recordar que es «doctrina jurisprudencial inveterada (...) la de que en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas».

= En el supuesto objeto del proceso del que recurso trae causa, la Juzgadora ha procedido a valorar la insuficiencia de las circunstancias para justificar la decisión extintiva adoptada, calificando el despido como improcedente, que esta Sala comparte, por lo que procede confirmar la Sentencia recurrida, con desestimación del recurso interpuesto contra la misma, al no haberse infringido la normativa citada por la parte recurrente.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11), la desestimación del recurso lleva aparejada la condena en costas a la parte recurrente que no goza del beneficio de justicia gratuita, cifrando el importe de los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cantidad de 600 € más el IVA correspondiente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN interpuesto por la Graduada Social Sra. Urraca Fernández en representación de la empresa SERMARK AC GROUP, SA contra **la Sentencia** dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de LOGROÑO , con fecha de **2 de agosto de 2023**, en **Autos nº 700/2022** promovidos contra dicha parte por D. Fernando , representado por el letrado Sr. Sáez Ochoa, habiendo sido parte el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en materia **de DESPIDO DISCIPLINARIO, Debemos CONFIRMARLA.**

Con condena a la parte recurrente al pago de las costas procesales, cifrando el importe de los honorarios de letrado de la parte impugnante en la cantidad de 600 € más el correspondiente IVA.

Se decreta la pérdida del depósito y la consignación constituidos para recurrir, a los que se dará el destino legal, una vez firme esta resolución.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una Oficina del **BANCO DE SANTANDER** se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0125-2023, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66-0125-2023.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba



indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

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

E./

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Magistrada-Ponente, **Ilma. Sra. D^a MERCEDES OLIVER ALBUERNE**, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a cumplimentar la **notificación** de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ