



Roj: STSJ CL 692/2021 - ECLI:ES:TSJCL:2021:692

Id Cendoj: 09059340012021100052

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Burgos

Sección: 1

Fecha: 03/03/2021

Nº de Recurso: 30/2021

Nº de Resolución: 53/2021

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: JOSE MANUEL MARTINEZ ILLADE

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL 1

BURGOS

SENTENCIA: 00053/2021

RECURSO DE SUPLICACIÓN Num.: 30/2021

Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº : 53/2021

Señores:

Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade

Presidente Accidental

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a tres de Marzo de dos mil veintiuno.

En el recurso de Suplicación número **30/2021** interpuesto por **EL PINAR DE PEDRO BERNARDO S.L.**, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Ávila, en autos número 321/2020 seguidos a instancia de DOÑA Antonia , contra el recurrente y el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL**, en reclamación sobre Despido. Ha actuado como Ponente el **Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez Illade** que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 20 de Octubre de 2020 cuya parte dispositiva dice: "**FALLO.-** Que estimando como estimo la demanda interpuesta por la parte actora D^a Antonia contra EL PINAR DE PEDRO BERNARDO SL, sobre despido disciplinario, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la actora efectuado por la demandada con fecha de efectos de 08/05/2020, por no apreciarse



que los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente, condenando a la parte demandada a que, a su opción, readmita a la parte actora en su puesto de trabajo o la indemnice en la cantidad de 8.858,02 euros, con abono, en caso de que opte por la readmisión, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la Sentencia o hasta que la actora hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se acreditara por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, y a razón de 22,80 euros brutos diarios; advirtiéndose que, la antedicha opción, deberá efectuarse ante este Juzgado por la empresa en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la Sentencia, entendiéndose que de no hacerlo opta por la readmisión. Sin perjuicio de lo anterior, para el caso de que la demandada optara por la readmisión de la actora, se autoriza a la empresa demandada a la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, y de menor gravedad a la impuesta, al no haber prescrito la misma antes de la imposición empresarial de la sanción de despido, pudiendo imponer la sanción a la actora, como falta grave o leve; sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad de 10 días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma. Esta decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación, a través del incidente de ejecución de la sentencia de despido, conforme al art. 238 LRJS.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: **PRIMERO.**- Que la parte actora, Antonia, comenzó a prestar sus servicios para la parte demandada EL PINAR DE PEDRO BERNARDO SL, en fecha de 05/08/2009, con un contrato indefinido, que al momento del despido es a tiempo parcial, ocupando la categoría profesional de limpiadora, y percibiendo un salario bruto de 8.322,21 Euros anuales, con inclusión de la prorrata de pagas extras. (Documento 1 de la demanda y hecho pacífico). **SEGUNDO.**- La actora permaneció en situación de excedencia desde el 07/07/2013 hasta el 15/01/2014 para el cuidado de un hijo. (Documentos 5-7 de la demandada). **TERCERO.**- En fecha de 08/05/2020 la demandada comunicó a la actora mediante carta de despido, que se da por reproducida, la extinción de su relación laboral por motivos disciplinarios, con fecha de efectos de ese mismo día y con base en los artículos 54.1, 54.2.b) y 54.2.d) TRET, así como 60.c, apartados 2, 10, 14 y 17 del Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, - Resolución de 11-09-2018 de la D. General de Trabajo. Los hechos en síntesis de la carta de despido, se concretan: " *Encontrarse el día de ayer limpiando la cocina del centro mientras se está cocinando sin uso de mascarilla ni guantes. Este hecho es especialmente grave pues usted se encontraba limpiando minutos antes la escalera por la que transitan personas infectadas por el covid-19*". (documento 4 de la demandada). **CUARTO.**- El 07/05/2020 la actora, cuando se encontraba realizando las labores de limpieza de la cocina de la residencia de mayores sita en Pedro Bernardo, se quitó la mascarilla protectora para proceder a la limpieza interior de la campana extractora de humos. En momentos anteriores la actora había estado limpiando la escalera de emergencia, por la cual transitan residentes infectados por el COVID-19 (prueba vídeo 2 e interrogatorio de la actora). **QUINTO.**- La mascarilla protectora es un medio de prevención de la salud durante el tiempo de pandemia derivada del COVID, y de uso obligatorio en todo momento para el personal que presta servicios en la residencia de mayores que gestiona la demandada, estando obligada la actora al uso de dicha mascarilla mientras realizaba las labores de limpieza de la cocina, siendo, obligatorio el uso de EPI (guantes, máscara de protección, desinfectante, calzas, batas impermeables) cuando se produzca el acceso a las habitaciones de los residentes (pág. 5 Plan de contingencia frente al Covid-19, documento 9 de la demandada, y testifical). **SEXTO.**- El actor no ostenta, ni ha ostentado en el último año, la condición de representante legal o delegado sindical. Tampoco consta afiliación sindical a la empresa. **SÉPTIMO.**- Se ha agotado la vía previa de intento de conciliación ante el SMAC, con el resultado de SIN AVENENCIA, según refleja el Acta de conciliación de 25-06-2020, adjunta a la demanda.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación El Pinar de Pedro Bernardo S.L. siendo impugnado por D^a Antonia. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que en procedimiento de despido disciplinario estimando la demanda lo declaró improcedente si bien autorizó a la empresa a imponer otra sanción adecuada a la gravedad de la falta cometida por la trabajadora, pero inferior a la de despido, recurre en suplicación la empresa en un primer motivo al amparo del artículo 193 b) de la LRJS a fin de que se dé una nueva redacción al hecho probado cuarto de aquella resolución.



Como cuestión previa con carácter de doctrina general se debe de decir que en la jurisdicción social se está en presencia de un proceso de instancia única, tal y como se desprende de los artículos 6, 97.2 y 193 de la LRJS, siendo el juez a quo soberano en la valoración de la prueba practicada ante su presencia, **tratándose el recurso de suplicación de un recurso extraordinario o cuasi-casacional cuyo objeto es la revisión de la sentencia de instancia por los motivos tasados en la ley, no de una apelación o segunda instancia cuyo objeto es todo el litigio que se vio en la primera instancia y en que la Sala puede revisar toda la prueba.** Debiendo concurrir en el recurso para su éxito los siguientes requisitos:

- 1) Indicar, con precisión y claridad, cuál es el hecho que debe ser revisado; así como el sentido de la revisión y ofrecer el texto alternativo para el hecho probado objeto de revisión si se solicita la adición o modificación de un hecho.
- 2) Si los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia contienen afirmaciones con valor de hecho probado, también se debe solicitar por esta vía su revisión fáctica.
- 3) Si los hechos probados de la sentencia de instancia contienen conceptos jurídicos discutidos, no cabe solicitar que se sustituyan por otras interpretaciones jurídicas.
- 4) No cabe introducir en el recurso cuestiones fácticas nuevas.
- 5) Es preciso que la revisión se base en **prueba documental** (no siendo suficiente para ello la denominada testifical documentada) o **pericial**.
- 6) Conforme al apartado b) del art. 193 LRJS deben formularse aquellas pretensiones de revisión fáctica relativas al error de hecho en sentido estricto.
- 7) El dictamen pericial debe estar emitido o ratificado en el juicio.
- 8) Con arreglo al art. 196.3 LRJS se necesita que se señalen «de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los hechos probados que se aduzca», sin que puedan referirse a la valoración total de las pruebas que compete al juez de instancia (art. 97.2 LRJS) pero no a la Sala de suplicación. Las pruebas habrán de concretarse o individualizarse, sin incurrir en generalidades.
- 9) El error fáctico tiene que recaer sobre hechos y ha de ser evidente, es decir, que exista una conexión directa entre el documento o pericia y el error invocado del juez sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o interpretaciones más o menos lógicas y razonables, y además que no sea contradicho por otros medios de prueba. No pudiéndose, en definitiva, pretender por el recurrente la sustitución del criterio objetivo e imparcial de aquel por el subjetivo y parcial suyo
- 10) Que la modificación fáctica que se solicita **sea trascendente y guarde relación con el objeto litigioso.**

SEGUNDO.- En base a lo anterior este motivo del recurso no puede prosperar, por un lado, por basarse la revisión en dos medios no idóneos para ello como son el interrogatorio de la trabajadora, artículo 193 b) de la LRJS ya citado, y un video. Pues bien respecto de esta última prueba se debe decir que el Tribunal Supremo de forma reiterada, véase las sentencias en Unificación de Doctrina de 16 junio 2011 y la de 26 noviembre 2012, Rec. 786/12, (si bien referidas al anterior artículo 191 b) de la LPL el mismo tiene una redacción idéntica al vigente artículo 193 b) de la LRJS) ha establecido que este tipo de pruebas **no constituyen documento** a los efectos de poder motivar en el recurso de suplicación la revisión de hechos probados, así en esta última sentencia se afirma:

*"(Fundamento jurídico tercero) - El recurso planteado denuncia el quebrantamiento de la jurisprudencia. Pero cita como tal - **aparte de algunas sentencias de Tribunales Superiores que no constituyen jurisprudencia sino doctrina judicial**- diversas sentencias del Tribunal Supremo que son todas de fecha anterior a la promulgación de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que incide decisivamente sobre la cuestión jurídica planteada que, indudablemente, tiene enjundia, y que ha sido resuelta, tomando ya en consideración la LEC/2000, por esta Sala de lo Social del TS en la sentencia -que la ahora recurrida ya cita- de 16/6/2011 (RCUD 3983/2010), que cuenta con un razonado voto particular discrepante. A dicha sentencia, exhaustivamente fundamentada, nos atenemos por razones de seguridad jurídica, concretamente a la doctrina que expone en sus Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto que reproducimos a continuación.*

*"(Fundamento jurídico cuarto).- **El recurso formulado ha de ser rechazado ya que se considera que la grabación de audio y vídeo no tiene naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, por las siguientes razones: (...)***

6º.- La idoneidad de la prueba de los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se enmarca dentro de un recurso de carácter extraordinario. En efecto el recurso



de suplicación tiene dicho carácter, tal y como resulta de su configuración legal, expresamente reconocida en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de enero de 1989, en su propia regulación y en las normas comunes a los recursos de casación y suplicación que aparecen en la Ley de Procedimiento Laboral. Dicho carácter asimismo ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 26 de enero de 1961 y por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias 3/83, de 25 de enero de 1983 ; 17/86, de 13 de octubre de 1986 y 79/85, de 3 de julio de 1985 . **Consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia, por lo que la interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva."**

Por otro lado, y respecto de la revisión basada en documentos, en particular en lo relativo a las órdenes que tenía la trabajadora de usar mascarilla por no ser necesario su adición ya que ello viene recogido en el hecho probado quinto.

TERCERO.- En el segundo y último motivo el recurso, que lo es formalmente en el campo exclusivo de la censura jurídica con arreglo al artículo 193 c) de la LRJS a pesar de que se entremezclan cuestiones fácticas y jurídicas, así como que la mayoría de los preceptos que se citan y que se entienden por la empresa recurrente infringidos por la sentencia de instancia no fueron considerados por la misma, lo vamos a resolver centrándonos en la cuestión auténticamente litigiosa, esto es, partiendo del inalterado relato de hechos probados y de las afirmaciones que con ese valor se contienen en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, para así determinar si la conducta imputada a la trabajadora, que ha resultado acreditada, es merecedora o no de la máxima sanción en el mundo laboral como es el despido. Ya anticipamos que el juez de instancia entendió que no, pues en su criterio era sólo constitutiva de una falta grave, por lo que autorizó a la empresa a imponer la sanción adecuada a dicha calificación.

CUATO.- El supuesto fáctico contemplado es, en síntesis, el siguiente:

La trabajadora despedida venía prestando sus servicios como limpiadora en una residencia de mayores. Los hechos que motivaron el despido fueron:

"Encontrarse el día de ayer limpiando la cocina del centro mientras se está cocinando sin uso de mascarilla ni guantes. Este hecho es especialmente grave pues usted se encontraba limpiando minutos antes la escalera por la que transitan personas infectadas por el covid-19". (Hecho probado tercero).

Ha quedado acreditado asimismo que:

" El 07/05/2020 la actora (la trabajadora) , cuando se encontraba realizando las labores de limpieza de la cocina de la residencia de mayores sita en Pedro Bernardo, se quitó la mascarilla protectora para proceder a la limpieza interior de la campana extractora de humos. En momentos anteriores la actora (la trabajadora) había estado limpiando la escalera de emergencia, por la cual transitan residentes infectados por el COVID-19" (hecho probado cuarto).

" La mascarilla protectora es un medio de prevención de la salud durante el tiempo de pandemia derivada del COVID, y de uso obligatorio en todo momento para el personal que presta servicios en la residencia de mayores que gestiona la demandada (que es la empresa recurrente) , estando obligada la actora (la trabajadora) al uso de dicha mascarilla mientras realizaba las labores de limpieza de la cocina, siendo, obligatorio el uso de EPI (guantes, máscara de protección, desinfectante, calzas, batas impermeables) cuando se produzca el acceso a las habitaciones de los residentes" (hecho probado quinto).

QUINTO.- Así las cosas, dispone el artículo 60 B) que regula las faltas graves en el VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y de servicio ayuda domicilio) publicado en el BOE de 21 septiembre de 2018 que es el aplicable:

"5. El incumplimiento o abandono de las normas y medidas establecidas de seguridad y salud en el trabajo, excepto cuando del mismo puedan derivarse riesgos para la salud y la integridad física en cuyo caso será tipificada como falta muy grave".

Por otro lado, el mismo artículo 60 en su apartado C) que regula las faltas muy graves establece:

" 17. El incumplimiento o abandono de las normas y medidas establecidas de seguridad y salud en el trabajo, cuando del mismo puedan derivarse riesgos para la salud y la integridad física."

SEXTO.- Dicho esto, y estando acreditado que la trabajadora despedida incumplió la medida de seguridad y salud en el trabajo cuál fue **el no llevar puesta la mascarilla en el día antes reseñado cuando limpiaba la campana de la cocina**, la cuestión se reconduce, como decíamos, a determinar a los efectos de la calificación



de la falta como grave o muy grave a si de dicho incumplimiento pudo derivarse un riesgo específico y concreto para la salud y la integridad física. El juzgador de instancia en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, pero con indudable valor de hecho probado, afirma:

"(...)no queda demostrado que en este caso el incumplimiento, en la forma en la que se produjo (en la cocina, limpiando el interior de la campana, sin que hubiera personal de riesgo y a una distancia de la otra trabajadora de la cocina) pueda llegarse a concluir que existió un riesgo específico para la salud y la integridad física, (...)".

Pues bien, partiendo necesariamente de lo anterior y conforme al principio gradualista, esto es aplicación de la sanción correspondiente y adecuada a la gravedad de la falta, la Sala estima que la conclusión a la que llegó el juzgador de instancia en la interpretación del Convenio Colectivo aplicable en este materia disciplinaria no es ni irracional ni ilógica, bien al contrario es conforme a su literalidad, espíritu y finalidad y al principio antes citado, en la medida que para entender que la única infracción imputada a la trabajadora de un día no llevar mascarilla mientras limpiaba la cocina, a pesar de las instrucciones que al respecto había dado la empresa, es constitutiva de una falta grave y no muy grave al no quedar acreditado que por ello se hubiera producido un **riesgo específico** para la salud y la integridad física, que como plus de agravación necesario exige el Convenio Colectivo aplicable para entender que estamos ante una falta muy grave en lugar de grave. Por todo ello con desestimación del recurso debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito y la consignación que en su caso se hubieran efectuado para recurrir para con arreglo al artículo 204 de la LRJS, a los que se deberá dar el destino legal una vez firme esta resolución y, asimismo, conforme al artículo 235 de dicho texto la imposición de costas a la entidad recurrente, que comprenden los honorarios del abogado o del graduado social colegiado que actuó en el recurso, impugnándolo, en la cantidad habitual que lo viene haciendo la Sala de 800 euros.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa El Pinar de Pedro Bernardo S.L. contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2020, por el Juzgado de lo social de Ávila, autos DSP 321/2020, en materia de despido, en que han sido partes además de la recurrente doña Antonia , en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, con imposición de costas a la entidad recurrente que comprenden los honorarios de abogado o graduado social colegiado que actuó en la impugnación del recurso en cuantía de 800 €. Se decreta la pérdida del depósito y de la consignación que en su caso se hubiera efectuado para recurrir, debiendo darse a los mismos el destino legal procedente una vez firme esta resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0030.21.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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