



Roj: **STSJ AS 1926/2024 - ECLI:ES:TSJAS:2024:1926**

Id Cendoj: **33044340012024101205**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2024**

Nº de Recurso: **1135/2024**

Nº de Resolución: **1313/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

SENTENCIA: 01313/2024

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:**985 22 81 82

**Fax:**985 20 06 59

**Correo electrónico:**

**NIG:**33044 44 4 2023 0004841

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0001135 /2024**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000810 /2023

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña Danitza**

**ABOGADO/A:**MIGUEL ANGEL IGLESIAS ORDÓÑEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:**FONDO DE GARANTIA SALARIAL, FOJACO FERNANDEZ SL

**ABOGADO/A:**LETRADO DE FOGASA, COVADONGA FERNÁNDEZ ÁLVAREZ

**PROCURADOR:,**

**GRADUADO/A SOCIAL:,**

**Sentencia nº 1313/24**



En OVIEDO, a veintiséis de julio de dos mil veinticuatro.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ y D. JOSE LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 1135/2024, formalizado por el Letrado D MIGUEL ANGEL IGLESIAS ORDÓÑEZ, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Danitza , contra la sentencia número 88/2024 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 810/2023, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Danitza frente al FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y FOJACO FERNANDEZ SL, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo Sr D FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:**D Danitza presentó demanda contra el MINISTERIO FISCAL, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y FOJACO FERNANDEZ SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 88 /2024, de fecha veintinueve de febrero de dos mil veinticuatro

**SEGUNDO:**En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

**"PRIMERO.-**D<sup>a</sup>. Danitza comenzó a prestar servicios para la empresa FOJACO FERNANDEZ S.L. el 01-10-21, a jornada completa, con la categoría profesional de Camarera, con un salario bruto diario en cómputo anual de 47,40 euros, sujeta en cuanto a las restantes condiciones al Convenio Colectivo de Hostelería y Similares del Principado de Asturias.

**SEGUNDO.-**El 11-07-23 la demandante pasó a la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de "otros trastornos de ansiedad especificados".

El 17-09-23 se emitió el Alta a solicitud de la Mutua, siendo repuesta al día siguiente en la situación de incapacidad temporal por su MAP.

**TERCERO.-**El 21-09-23 la empresa envió a la actora el siguiente burofax que fue recibido ese mismo día: "Por medio de la presente, la Dirección de la empresa le requiere para que en el plazo de improrrogable 24 horas se incorpore a su puesto de trabajo o justifique la causa de su inasistencia al mismo, pues lleva desde el lunes 18 de septiembre sin venir a trabajar.

Le recordamos que el artículo 50 del Convenio Colectivo de Hostelería del Principado de Asturias califica como falta muy grave faltar más de 3 días al trabajo, siendo sancionable incluso con el despido".

No consta respuesta alguna de la demandante a tal requerimiento.

**CUARTO.-**El 26-09-23 se entregó a la demandante una comunicación cuyo texto literal era el siguiente: "Por medio de la presente la Dirección de esta empresa ante la imposibilidad poder hacerle entrega personalmente de esta comunicación por las causas y los hechos que más adelante se detallan, le comunica vía burofax que al amparo con lo dispuesto por el artículo 54.1 del citado Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y del artículo 51.C.2 del Convenio Colectivo de Hostelería del Principado de Asturias, ha tomado la decisión de sancionarla con su despido disciplinario que lo será con efectos del día de 26-09-2023.

La causada su despido se encuentra motivada porque no ha venido a trabajar los días 18, 19, 20, 21, 22 y 25 de este mes de septiembre y tampoco se ha puesto en contacto con la empresa para justificar la causa de



su ausencia, y eso que esta le envió el día 21-09-2023 un burofax mediante el cual se la requería para que se incorporase a su puesto de trabajo en el plazo de 24 horas justificase su inasistencia al mismo.

Este hecho constituye un incumplimiento grave y culpable con sus deberes y obligaciones laborales, siendo causa de despido disciplinario al amparo de lo establecido por el artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores, así como por el artículo 50.1) del Convenio Colectivo del Sector de Hostelería y Similares del Principado de Asturias que establece como falta muy grave tres o faltas de asistencia al trabajo sin justificar en el periodo de treinta días.

La empresa carece de representante sindical y desconoce la afiliación del trabajador a sindicato alguno.

Por otra parte, se pone a su disposición en este momento la liquidación de sus haberes y partes proporcionales pendientes de percibir".

**QUINTO.**-Por la demandante se presentó solicitud de celebración de acto de conciliación por despido nulo el día 11-10-23, el que se celebró el 30-10-23 con la asistencia de ambas partes, reconociendo la empresa la improcedencia pero no la nulidad, insistiendo la parte

conciliante en la pretensión de nulidad y el abono de una indemnización por importe de 10.000 € en concepto de daño moral; no se logró un acuerdo entre las partes, por lo que el acto finalizó Sin Avenencia.

**SEXTO.**-La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni representativo alguno.

**SEPTIMO.**-En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales."

**TERCERO:**En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la acción de nulidad ejercitada con carácter principal en la demanda presentada por D<sup>a</sup>. **Danitza** contra la empresa **FOJACO FERNANDEZ S.L.** con intervención del **MINISTERIO FISCAL**, y estimando la planteada con carácter subsidiario, debo declarar y declaro **IMPROCEDENTE** el despido del que fue objeto la actora el **26-09-23** declarando ejercitada la opción empresarial en favor de la readmisión, condenando a la demandada a que readmita a la trabajadora en el mismo puesto de trabajo y en idénticos términos y condiciones vigentes al momento del despido, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia a razón de **47,40** euros/día, deducido el período en que la actora haya permanecido en situación de incapacidad temporal."

**CUARTO:**Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D<sup>a</sup> Danitza formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:**Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 9 de mayo de 2024.

**SEXTO:**Admitido a trámite el recurso se señaló el día 11 de julio de 2024 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:**Frente a la Sentencia de instancia, que estimando la pretensión subsidiariamente deducida en la demanda rectora del proceso declara la improcedencia el despido del que la accionante fue objeto en fecha 26 de Septiembre de 2023, acogiendo los efectos legales inherentes a tal calificación, interpone aquélla recurso de suplicación, siendo impugnado por la empresa demandada, que fundamenta en un único motivo contemplado en la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, infracción de normas sustantivas y/o de la Jurisprudencia, denunciando la vulneración del precepto 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, así como de la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo citadas en el escrito de formalización, postulando, en esencia, la nulidad de la decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo por ser discriminatoria, al hallarse la trabajadora en situación de incapacidad temporal, y encubrir una represalia que cercena el derecho constitucional a la protección de la salud.

En relación con el ámbito procesal laboral el Tribunal Constitucional viene proclamando que en supuestos en los que se alega que una determinada actuación del empleador encubre en realidad una conducta lesiva de un derecho fundamental, corresponde al autor de aquella soportar la carga de la prueba de que la medida adoptada obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio o vulnerador de tal derecho.



Ahora bien para que opere el desplazamiento de la carga de la prueba a la empresa no basta simplemente con que el trabajador tilde la medida, decisión o práctica, en el caso despido, adoptada por la empleadora de lesiva de dicho derecho, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de demostrar que los hechos motivadores de la decisión encuentran fundamento en una legítima causa y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

Si bien es cierto que la circunstancia de "enfermedad o condición de salud" no consta integrada de forma expresa como causa de discriminación en los preceptos 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores, no lo es menos que desde el 14 de Julio de 2022, merced a la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de Julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sí se recoge de forma expresa en el artículo 2.1 de ésta el derecho a no sufrir discriminación por razón de enfermedad o condición de salud, normativa pues vigente -y por tanto aplicable- a la fecha del despido enjuiciado.

**SEGUNDO:**El Magistrado de instancia razona en el Primero de los Fundamentos de Derecho que en el supuesto que nos ocupa constan ciertamente indicios objetivos de que la enjuiciada decisión extintiva del contrato de trabajo pudiera obedecer a la finalidad empresarial de represaliar a la actora por la situación de incapacidad temporal que inició el 18 de Septiembre de 2023, indicios que colman la precisa aptitud para que opere la anunciada traslación o desplazamiento a la empleadora de la carga de la prueba de la racionalidad y oportunidad de la medida adoptada, esto es, de la existencia de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la decisión de la empresa y de su proporcionalidad.

Ahora bien, aquél entiende sin embargo que sí se ha practicado tal prueba a partir del hecho cierto de que la actora, tras causar alta médica a solicitud de la Mutua con efectos al día 17 de Septiembre de 2023 (domingo), no acudió a su puesto de trabajo los días 18 a 22 y 25 de dicho mes, no habiendo contactado tampoco con la empresa en momento alguno para indicar la justificación de tales ausencias, y ello a pesar de que ésta le había remitido un burofax el día 21 del reiterado mes instándola a reincorporarse a su puesto de trabajo o a justificar la casusa de su inasistencia al mismo.

Igualmente el Juzgador constata que la empleadora desconocía que la trabajadora había sido nuevamente dada de baja médica, o como informa el médico de atención primaria, que se había procedido a anular el alta emitida por la Mutua, lo que determinaba que la actora continuara en situación de incapacidad temporal.

Y concluye, dado que los domingos no hay consultas en atención primaria, el alta, pese a sus efectos formales, tuvo que emitirse el viernes día 15 de Septiembre, lo que comportan nueve días desde el momento en el que la reincorporación de la trabajadora tenía que haberse hecho efectiva, lapso -igualmente- en el que ésta no se puso en contacto con la empresa en momento alguno. Cabe recordar al respecto que la emisión de un parte de baja médica no exime al trabajador de su deber de comunicar con diligencia al empresario las circunstancias impositivas de la prestación de sus servicios.

La acreditación por parte de quien venía obligado a soportar la carga de la prueba de la existencia de una causa real, objetiva, razonable y consistente para la adopción de la extinción contractual enjuiciada, independientemente de su posterior calificación como improcedente, permite afirmar que la misma no ha obedecido a una motivación empresarial ilícita en reacción o respuesta a la situación de incapacidad temporal de la demandante o a discriminación alguna por razón de enfermedad o condición de salud.

**TERCERO:**No habiéndose demostrado la violación de los derechos fundamentales invocados no procede, en lógica consecuencia, ni la declaración de la nulidad del despido ni el reconocimiento de quantum indemnizatorio alguno por inexistentes daños y perjuicios.

En atención a lo hasta aquí razonado y no incurriendo la Resolución de instancia en las infracciones normativas denunciadas en el recurso, procede su íntegra confirmación.

Por cuanto antecede,

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D<sup>a</sup> Danitza contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Oviedo de fecha 19 de Febrero de 2024, dictada en proceso por aquélla promovido frente a FOJACO FERNÁNDEZ S.L. , habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial, seguido en materia de despido, vulneración de derechos fundamentales (discriminación por razón de enfermedad o condición de salud) y reclamación de indemnización, confirmamos la Resolución recurrida.



### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que:** fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguidos de otros 6: los cuatro primeros conforman el nº de rollo -empezando por ceros si es preciso-, y después otros 2, que corresponden a las dos últimas cifras del año del rollo. Es obligado indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho, y rellenar al campo concepto aludido.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, cuando obedezcan a otros recursos de la misma o distinta clase, debe contar -en el campo de observaciones- la fecha de la resolución recurrida el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar 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.