



Roj: **STSJ AS 2439/2022 - ECLI:ES:TSJAS:2022:2439**

Id Cendoj: **33044340012022101714**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2022**

Nº de Recurso: **647/2022**

Nº de Resolución: **1715/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CATALINA ORDOÑEZ DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 541/2022,**
STSJ AS 2439/2022

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01715/2022

T.S.J. ASTURIAS SALA DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

Correo electrónico:

NIG: 33044 44 4 2021 0004504

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000647 /2022

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000765 /2021

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña CLINICA OFTALMOLOGICA BASCARAN SL

ABOGADO/A: JOSE ANTONIO DONATE SUAREZ

RECURRIDO/S D/ña: Mº FISCAL, Belinda

ABOGADO/A: , ALMUDENA LLAMAZARES MENDEZ

SENTENCIA Nº 1715/22

En Oviedo, a veintiocho de julio de dos mil veintidós.

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. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, Dª CATALINA ORDÓÑEZ DÍAZ y Dª MARÍA DE LA ALMUDENA VEIGA VÁZQUEZ, Magistradas, 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 de Suplicación 647/2022, formalizado por el Letrado don JOSÉ ANTONIO DONATE SUÁREZ, en nombre y representación de la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA BASCARÁN SL, contra la sentencia número 20/2022 dictada por el Juzgado de los Social nº 6 de Oviedo en el procedimiento Despido 765/2021, seguidos a instancia de doña Belinda frente al Mº FISCAL y la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA BASCARÁN SL, siendo Magistrada-Ponente la Ilma Sra Dª **CATALINA ORDÓÑEZ DÍAZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Dª. Belinda presentó demanda contra el Mº FISCAL y la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA BASCARÁN SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, que dictó la sentencia número 20/2022, de fecha veinte de enero de dos mil veintidós.

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

1º) Dª. Belinda comenzó a prestar servicios para la empresa CLINICA OFTALMOLOGICA BASCARAN S.L. el 01-12-12, a jornada completa, con la categoría profesional de Optico, con un salario bruto diario en cómputo anual de 85,72 euros, sujeta en cuanto a las restantes condiciones al Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta, Asistencia y Análisis Clínicos del Principado de Asturias.

2º) La demandante sufrió en el mes de abril de 21 un aborto, por cuyo motivo estuvo de Baja desde el 28 de abril hasta el 10 de mayo de 2021.

Los/as trabajadores/as del Centro, al comenzar la jornada laboral primero se cambian de ropa para ponerse el uniforme de trabajo, tras lo cual fichan en el registro horario; y a la inversa, a la salida fichan en el registro y a continuación se cambian de ropa.

El horario de la demandante es de 09:00 a 13:30 y de 15:30 a 19:30 horas.

3º) El 03-09-21 se envió a la demandante una comunicación cuyo texto literal era el siguiente:

"Por medio de la presente le notificó que mi representada ha decidido proceder a su despido disciplinario con efectos al próximo día 9 de septiembre de 2021, decisión que se fundamenta en los siguientes hechos:

1º.-Los pasados días ha cometido Ud, sendas faltas de puntualidad, que se concretan en:

El 03.03.21 comenzó su jornada laboral a las 9 horas y cinco minutos con 0,4 segundos

El 04.03.21 comenzó su jornada a las 9 horas y tres minutos con 57 segundos

El 04.03.21 comenzó su jornada a las 15:33:24

El día 05/03/21 comenzó su jornada a las 9:04:32 y a las 15:33:34

El día 08/03/21 comenzó su jornada a las 9:04:49 y a las 15:34:03

El día 09/03/21 comenzó su jornada a las 15:32:30

El día 10/03/21 comenzó su jornada a las 9:03:13

El día 11/03/21 comenzó su jornada a las 9:05:01

El día 12/03/21 comenzó su jornada a las 9:29:46 y a las 15:33:03

El día 15/03/21 comenzó su jornada a las 9:03:42 y a las 15:35:16

El día 16/03/21 comenzó su jornada a las 9:03:38 y a las 15:31:01

El día 17/03/21 comenzó su jornada a las 9:05:31 y a las 15:32:56

El día 18/03/21 comenzó su jornada a las 9:05:20 y a las 15:32:

El día 19/03/21 comenzó su jornada a las 15:35:42



El día 22/03/21 comenzó su jornada a las 9:06:20 y a las 15:38:01
El día 23/03/21 comenzó su jornada a las 9:04:52 y a las 15:32:04
El día 24/03/21 comenzó su jornada a las 9:06:26
El día 25/03/21 comenzó su jornada a las 9:05:06 y a las 15:36:03
El día 26/03/21 comenzó su jornada a las 9:03:17 y a las 15:34:07
El día 05/04/21 comenzó su jornada a las 15:35:21
El día 06/04/21 comenzó su jornada a las 15:33:35
El día 07/04/21 comenzó su jornada a las 15:35:13
El día 08/04/21 comenzó su jornada a las 15:32:54
El día 09/04/21 comenzó su jornada a las 15:33:00
El día, 12/04/21 comenzó su jornada a las 9:02:55 y a las 15:35:19
El día 13/04/21 comenzó su jornada a las 15:34:51
El día 14/04/21 comenzó su jornada a las 9:05:49
El día 15/04/21 comenzó su jornada a las 9:02:42 y a las 15:34:34
El día 16/04/21 comenzó su jornada a las 9:04:49
El día 19/04/21 comenzó su jornada a las 9:07:03 y a las 15:33:21
El día 21/04/21 comenzó su jornada a las 9:04:47 y a las 15:33:12
El día 22/04/21 comenzó su jornada a las 9:04:57 y a las 15:34:51
El día 23/04/21 comenzó su jornada a las 9:05:14 y a las 15:34:35
El día 26/04/21 comenzó su jornada a las 9:06:06 y a las 15:35:30
El día 27/04/21 comenzó su jornada a las 9:03:19 y a las 15:32:05
El día 11/05/21 comenzó su jornada a las 9:02:59 y a las 15:35:17
El día 12/05/21 comenzó su jornada a las 9:06:28 y a las 15:34:43
El día 13/05/21 comenzó su jornada a las 9:04:55 y a las 15:33:54
El día 14/05/21 comenzó su jornada a las 9:03:22 y a las 15:32:28
El día 17/05/21 comenzó su jornada a las 9:07:19
El día 18/05/21 comenzó su jornada a las 9:06:04 y a las 15:35:13
El día 19/05/21 comenzó su jornada a las 9:07:21 y a las 15:33:12
El día 20/05/21 comenzó su jornada a las 9:04:10 y a las 15:34:53
El día 21/05/21 comenzó su jornada a las 9:01:24 y a las 15:32:42
El día 24/05/21 comenzó su jornada a las 9:04:50 y a las 15:34:39
El día 26/05/21 comenzó su jornada a las 9:03:40 y a las 15:34:22
El día 27/05/21 comenzó su jornada a las 9:06:14 y a las 15:35:50
El día 28/05/21 comenzó su jornada a las 9:06:52 y a las 15:32:35
El día 31/05/21 comenzó su jornada a las 9:07:26 y a las 15:32:48
El día 01/06/21 comenzó su jornada a las 9:07:04 y a las 15:33:37
El día 02/06/21 comenzó su jornada a las 9:05:52 y a las 15:32:47
El día 03/06/21 comenzó su jornada a las 9:05:24
El día 04/06/21 comenzó su jornada a las 9:05:39 y a las 15:34:44
El día 07/06/21 comenzó su jornada a las 9:06:35 y a las 15:35:29
El día 08/06/21 comenzó su jornada a las 9:05:57 y a las 15:33:55



El día 09/06/31 comenzó su jornada a las 9:06:31 y a las 15:35:15
El día 10/06/21 comenzó su jornada a las 9:06:04 y a las 15:32:10
El día 11/06/21 comenzó su jornada a las 15:34:05
El día 14/06/21 comenzó su jornada a las 15:33:44
El día 15/06/21 comenzó su jornada a las 9:03:50 y a las 15:34:28
El día 16/06/21 comenzó su jornada a las 12:50:38
El día 17/06/21 comenzó su jornada a las 9:04:05 y a las 15:33:28
El día 18/06/21 comenzó su jornada a las 15:36:10
El día 21/06/21 comenzó su jornada a las 9:02:40 y a las 15:33:43
El día 22/06/21 comenzó su jornada a las 9:05:02
El día 23/06/21 comenzó su jornada a las 9:04:36 y a las 15:35:14
El día 24/06/21 comenzó su jornada a las 9:04:46 y a las 15:34:01
El día 25/06/21 comenzó su jornada a las 9:08:19 y a las 15:34:54
El día 28/06/21 comenzó su jornada a las 12:01:54 y a las 15:32:58
El día 29/06/21 comenzó su jornada a las 9:03:55 y a las 15:36:34
El día 30/06/21 comenzó su jornada a las 9:07:06 y a las 15:32:23
El día 01/07/21 comenzó su jornada a las 9:04:41 y a las 15:34:26
El día 02/07/21 comenzó su jornada a las 9:06:47 y a las 15:33:59
El día 05/07/21 comenzó su jornada a las 9:05:24 y a las 15:32:28
El día 06/07/21 comenzó su jornada a las 9:04:53 y a las 15:33:56
El día 07/07/21 comenzó su jornada a las 9:07:01 y a las 15:34:35
El día 08/07/21 comenzó su jornada a las 9:09:00 y a las 15:37:05
El día 09/07/21 comenzó su jornada a las 9:06:1 y a las 15:34:37
El día 12/07/21 comenzó su jornada a las 9:07:01 y a las 15:38:01
El día 13/07/21 comenzó su jornada a las 9:05:56 y a las 15:34:41
El día 15/07/21 comenzó su jornada a las 9:04:06 y a las 15:32:28
El día 16/07/21 comenzó su jornada a las 9:05:26 y a las 15:34:52
El día 19/07/21 comenzó su jornada a las 9:04:33 y a las 15:33:40
El día 20/07/21 comenzó su jornada a las 9:04:28 y a las 15:36:34
El día 21/07/21 comenzó su jornada a las 9:04:07 y a las 15:31:49
El día 22/07/21 comenzó su jornada a las 9:07:04 y a las 15:33:58
El día 23/07/21 comenzó su jornada a las 9:05:36 y a las 15:32:52
El día 26/07/21 comenzó su jornada a las 9:04:30 y a las 15:31:39
El día 27/07/21 comenzó su jornada a las 9:05:20 y a las 15:33:20
El día 28/07/21 comenzó su jornada a las 9:02:32
El día 29/07/21 comenzó su jornada a las 09:07:22 y a las 15:31:56
El día 30/07/21 comenzó su jornada a las 15:35:07
El día 02/08/21 comenzó su jornada a las 9:04:19 y a las 15:34:38
El día 03/08/21 comenzó su jornada a las 9:01:05
El día 04/08/21 comenzó su jornada a las 9:01:53
El día 05/08/21 comenzó su jornada a las 9:07:30

El día 06/08/21 comenzó su jornada a las 9:07:06 y a las 15:37:03

El día 09/08/21 comenzó su jornada a las 9:03:28 y a las 15:33:04

El día 10/08/21 comenzó su jornada a las 9:04:54 y a las 15:32:20

El día 11/08/21 comenzó su jornada a las 1 9:05:29 y a las 15:31:41

El día 12/08/21 comenzó su jornada a las 9:04:34 y a las 15:32:02

El día 13/08/21 comenzó su jornada a las 9:03:53 y a las 15:37:03

Dado que su horario de trabajo por la mañana empieza a las 9 horas y por la tarde desde las 15,30 horas, esta conducta supone que Ud. ha cometido 176 faltas de puntualidad en el periodo comprendido entre el día 3 de marzo de 2021 y el día de hoy. s.e.u.o. Teniendo en cuenta que el circuito de atención del paciente empieza por la revisión optométrica, estos retrasos habituales provocan demoras injustificables que suponen una falta de respeto hacia el paciente y su tiempo y se traducen en una mala imagen de la clínica.

Esta conducta es constitutiva de ocho faltas muy graves, de acuerdo con el art. 31, apartado faltas muy graves, punto 29, de la Resolución de 5 de enero de 2018, de la Consejería de Empleo, industria y Turismo, por la que se ordena la inscripción del Convenio Colectivo del sector Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta, Asistencia y Análisis Clínicos, que reza:

"2. Mas de diez faltas injustificadas de puntualidad en la asistencia al trabajo, cometidas en un periodo de tres meses o veinte durante seis meses".

En ese mismo texto legal, concretamente en el art 31 aparece el régimen de sanciones que establece que ese tipo de faltas muy graves puede ser sancionadas con el despido disciplinario que ahora se le notifica, sanción que se impone por el número de faltas de puntualidad cometidas, que suponen una absoluta falta de respeto hacia los términos de su contrato.

Estos datos se han obtenido del Registro de Fichajes que todos los empleados accionan al entrar y al salir del trabajo. Si fuera necesario para su defensa se le ofrece la posibilidad de obtener copia del citado registro de sus firmas.

2º.-Comete Ud, recurrentes desvíos en los protocolos clínicos establecidos, como los que se han detectado en período no prescrito y que se describen:

A).-El pasado 15/07/2021, a las 9:10 de la mañana:

Por un registro de motivo de consulta incompleto no se dilató al paciente, lo que supuso una demora adicional de unos 15 minutos para por realizar una exploración oftalmológica adecuada a sus síntomas. Además, el entrar y salir varias veces de varias salas y con varios profesionales, da una mala imagen del centro y su calidad de atención.

B).-El pasado 19/07/2021 a las 11:38 de la mañana:

El registro incompleto de datos en la historia clínica hace que tenga que repetirse parte de la exploración a un mismo paciente, con la consecuente pérdida de tiempo que esto supone para el médico y el paciente, además de la pérdida de recursos que supone para la empresa y la mala imagen que se da acerca de la organización y calidad de la atención.

- Estas dos conductas constituyen sendas faltas graves reguladas en el art. 31 reseñado que reza en el apartado 7 de faltas graves: 7. La negligencia o desidia en el trabajo que afecte a la buena marcha del servicio.

Las faltas de protocolo descritas pueden considerarse faltas graves que suponen una negligencia en el trabajo y que afectan al prestigio de la empresa en general y a la buena marcha del servicio.

3º.-En orden a la graduación de la sanción; se ha tenido en cuenta que su conducta personal adolece también de los siguientes inconvenientes:

FALTA DE COMPAÑERISMO:

No hace equipo ni se integra en las (pocas) actividades que se han podido organizar este año. Por ejemplo, fue la única en no participar en el amigo invisible que se organizó en Navidad del 2020.

En momentos de ausencia de actividad "desaparece", no colaborando con el resto de compañeros en otro tipo de actividad, aunque sea actividad englobada dentro de su categoría profesional, por ejemplo.



Cada vez que se le propone participar en cualquier nueva iniciativa, aún estando dentro de las actividades habituales de un trabajador de su categoría (optometría) exige aumento de salario o cambios en su horario laboral, sólo buscando una mejora personal.

FALTA DE DISCIPLINA EN LAS NORMAS ESTABLECIDAS POR LA EMPRESA

No se presenta con los pacientes indicando su nombre y categoría profesional, lo que induce a errores y malentendidos.

Pierde el tiempo en labores fuera de su competencia, como emitir diagnósticos y valorar pruebas.

Esta conducta podría ser incardinada en el capítulo de faltas leves Apartado 7 del Convenio:

7. No atender al público con la corrección y diligencias debidas

- No le consta a la dirección su afiliación a sindicato alguno, ni ostenta condición de representante de los trabajadores.

- Asimismo le comunicamos que tiene a su disposición en el centro de trabajo los salarios y liquidación que usted tiene a su favor, así como la certificación laboral correspondiente, que en todo caso le será remitida a su cuenta bancaria y a su dirección electrónica.

- Esta decisión podrá ser recurrida en el plazo de 20 días ante el Juzgado competente.

Sin otro particular que manifestarle, rogándole firme el duplicado ejemplar, se despide atentamente".

4º) En los registros de jornada del año 2020 figuran unas horas similares a las reflejadas en la carta de despido, con entradas de unos pocos minutos después de las 09:00 horas y con salida también unos minutos después de las 13:30 horas, al igual que sucedía por la tarde en el horario de 15:30 a 17:00 horas.

5º) Por la demandante se presentó solicitud de celebración de acto de conciliación por despido improcedente el día 24-09-21, el que se celebró el 11-10-21 con la sola asistencia de la parte conciliante por lo que se tuvo por Intentado Sin Efecto.

6º) La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni representativo alguno.

7º) En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

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

"Que desestimando la acción de nulidad ejercitada con carácter principal y estimando la subsidiaria ejercitada en la demanda presentada por D^a. Belinda contra la empresa CLINICA OFTALMOLOGICA BASCARAN S.L., con intervención del MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido del que fue objeto la actora el 09-09-21, 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, o alternativamente y a su elección, a que la indemnice con la cantidad total de 24.987,38 euros, con abono en el primer caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia a razón de 85,72 euros/día, debiendo ejercitarse la opción en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente, entendiéndose caso de no ejercitarla que la opción es en favor de la readmisión".

CUARTO: Frente a dicha sentencia la demandada anunció y formalizó recurso de suplicación, que 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 entrada en fecha 25 de marzo de 2022.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 30 de junio de 2022 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.- La sentencia de instancia estima la pretensión planteada en la demanda de despido como subsidiaria y declara la improcedencia de la decisión extintiva, con la consiguiente condena de la empresa a las consecuencias legales que de ello derivan. Esta parte recurre en solicitud de otra que la revoque y la absuelva de los pedimentos articulados en su contra. Para ello acude a los motivos de recurso previstos en las letras b) y c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS).



Llamado al proceso en la instancia, el Ministerio Fiscal evacuó el traslado del recurso y alegó que dejada a un lado la infracción de derechos fundamentales, una cuestión de legalidad ordinaria como la que ahora se plantea no requiere pronunciamiento por su parte.

La representación letrada de la trabajadora impugna el recurso y defiende el acierto de la sentencia de instancia en la confección de los hechos probados y en la aplicación del derecho sustantivo.

En primer lugar la empresa plantea una revisión de hechos probados para incorporar un nuevo ordinal, que haría el hecho probado octavo. Se trata de decir que con motivo de la pandemia la empresa había hecho hincapié en la puntualidad laboral y así lo había manifestado en reuniones y charlas; que en la reunión de 31/12/2020 entre trabajadora y gerente ésta insistió en la necesidad de que fuera puntual, le reprochó que siguiera llegando tarde y la recriminó por ello.

Como soporte probatorio de la revisión nos remite al documento 1 de su ramo de prueba, a una grabación aportada en lápiz electrónico que contiene video y audio, y al testimonio de la gerente dado en juicio que -dice- la contraparte no rebatió ni el Magistrado de instancia desestimó.

Sostiene que con ese nuevo hecho destruye el argumento de la sentencia de instancia sobre aquietamiento de la empresa ante continuas y anteriores impuntualidades de la trabajadora, como elemento determinante de la desproporcionada e irracional reacción de la empresa materializada en la decisión de despedir.

En el recurso de suplicación se podrán revisar los hechos declarados probados a la vista de concretas pruebas documentales o periciales, que el recurrente señale de manera suficiente, al tiempo que ofrezca un texto alternativo (artículos 193 b y 196.3 LJS). El TS ha perfilado los requisitos de este motivo de recurso en paralelo a los propios de la revisión de hechos probados en el recurso de casación. El punto de partida está en la denuncia de que algún extremo de la declaración de hechos probados resulte, sin duda, equivocado y: a) se concrete de manera clara y precisa qué hecho esencial omite o introduce la sentencia de manera errónea en el relato fáctico; b) que el hecho demostrativo del error se pueda apreciar de manera clara, patente y directa en la prueba documental o pericial obrante en autos; c) se ofrezca un texto alternativo concreto, que sustituya, suprima o complete el texto calificado de erróneo; d) que el hecho resulte trascendente en orden a modificar el fallo de instancia o, cuando menos, refuerce su sentido argumentativo (SSTS del Pleno de 18/7/2014 rec 11/2013, de 13/9/2016 rec 212/2015, entre otras muchas).

Esas líneas generales se completan con precisiones como estas: 1) Una cosa es el error en la apreciación de la prueba, que de haberse producido mostraría un relato histórico hecho en términos equivocados, y otra muy distinta que la valoración jurídica de los comportamientos conduzca a resultados que el recurso considere erróneos, aun cuando el conjunto fáctico se halle acreditado en forma impecable. 2) Se rechazan las pretensiones que instan una nueva valoración de la prueba, pues en ello se desconsidera el carácter extraordinario y limitado del recurso, además de la competencia privativa y amplia del Juez de instancia para cumplir ese cometido; se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al juez de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes. 3) Los documentos sobre los que se pretenda efectuar la revisión han de tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, sin necesidad de argumentos, conjeturas, deducciones o interpretaciones valorativas. 4) Salvo supuestos de error palmario, la revisión fáctica no se puede fundar en el mismo documento en que se ha basado la sentencia recurrida para sentar sus conclusiones, pues también en ese caso se sustituiría el criterio objetivo del Juez por el subjetivo juicio de evaluación de la parte. 5) Si existe en los hechos probados constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia. (STS 13/11/2007 rec. 77/2006, sentencia del Pleno de 16/4/2014 rec. 57/2013, de 18/3/2014 rec. 125/2013, de 9/2/1996 rec. 2429/1994, de 28/6/2013 rec. 15/2012, 20/4/2015 rec. 354/2014, de 7/7/2016 rec. 174/2015, de 9/1/2019 rec 108/2018, la sentencia 1002/2019 de 13/3/2019, la más reciente de 21.10.2021 rec 143/2020).

En este caso fallan los presupuestos básicos de la revisión de hechos probados: 1. La prueba testifical no es idónea para modificar el relato de hechos del Magistrado de instancia; a estos efectos el artículo 193 b) LJS reduce los elementos probatorios a la documental y pericial. 2. La grabación de imágenes y sonido no participa de la naturaleza de prueba documental. 3. El Magistrado de instancia apreció y valoró las pruebas que la parte ofrece como soporte de la revisión, en el Fundamento de Derecho Segundo (el primero de los hechos probados identificado con ese ordinal, la sentencia por error consigna dos Fundamentos de Derecho Segundo) dice "... no consta ninguna llamada de atención, ni requerimiento ni apercibimiento verbal o escrito, ni imposición de ninguna sanción disciplinaria como consecuencia de tales retrasos, lo cual inicialmente conduce a considerar que era



un comportamiento tácitamente consentido por la empresa, o al menos que no lo consideraba como relevante a efectos disciplinarios, ya que las normas sobre cumplimiento horario que fueron remitidas a la plantilla en el mes de julio de 2021 (a esto se refiere el identificado como documento 1 del ramo de prueba documental de la parte demandada) no se referían específicamente a que se estaban produciendo incumplimientos horarios, sino que se remitieron a todos las <<Normas del Centro>>, entre las cuales figura el apartado referido al horario, pero no como una llamada de atención concreta sobre tal aspecto; y tampoco en la reunión de mayo se hizo ninguna referencia específica a tal asunto, ni en la reunión del mes de mayo de 2020 cuya grabación se aporta, se hizo referencia alguna a tales retrasos o llamadas de atención".

Se desestima el primero de los motivos de recurso.

SEGUNDO.- En el motivo planteado al amparo del artículo 193 c) LJS la demandada censura la sentencia por infracción de los artículos 31.2.e) del Convenio colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consulta, Asistencia y Análisis Clínicos (Cc), y el 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Argumenta que las faltas de puntualidad, 176 en un periodo de seis meses constituyen faltas muy graves sancionables con el despido y, además, las protagoniza una profesional que por su categoría (óptico) interviene en la primera fase de la exploración oftalmológica del paciente (medición optométrica), y que incurre en otros incumplimientos (desviaciones en el protocolo clínico e indisciplina), demostrando una conducta que en conjunto es merecedora de la decisión adoptada por la empresa.

En la comunicación escrita de despido la empresa atribuye a la trabajadora: 1º. Falta de puntualidad en la hora de incorporación al trabajo en distintas jornadas de trabajo del periodo 4 de marzo a 13 de agosto de 2021, que comprende horario de mañana y tarde, con señalada hora de incorporación al puesto y registro (fichaje) una vez vestida el uniforme, para un horario de inicio a 9.00 y a 15:30 horas, que consiste en algunos minutos de retraso en la entrada y en la salida. 2º. Desvió en los protocolos clínicos establecidos, el 15/7/2021 se demoró en 15 minutos la exploración de un paciente debido a que en su cometido no había cumplido con el paso de dilatación, y el 19 de ese mes no registró todos los datos que debiera en la historia de un paciente, lo que provocó la repetición de parte de la exploración. 3º. Falta de compañerismo, no participa en los actos lúdicos que organiza la empresa (amigo invisible en la Navidad de 2020), desaparece en los momentos en que no hay actividad, no colabora con los compañeros, solicita aumento de sueldo o cambio horario cuando se la invita a participar en alguna nueva iniciativa. 4º. Falta de disciplina con respecto a las normas fijadas por la empresa, porque no se presenta ante los pacientes con su nombre y categoría profesional, pierde el tiempo en diagnósticos y valoración de pruebas pese a que ello no es de su competencia.

En la misma comunicación de despido la empresa califica el primero de aquellos hechos como constitutivo de ocho faltas muy graves previstas en el artículo 31 punto (sic) 29 del Cc de aplicación, " *más de diez faltas injustificadas de puntualidad en la asistencia al trabajo, cometidas en un periodo de tres meses o veinte durante seis meses*"; el segundo, como dos faltas graves previstas en el artículo 31 apartado 7 del Cc, " *la negligencia o desidia en el trabajo que afecte a la buena marcha del servicio*"; y el cuarto, como constitutivo de una falta leve del (sic) apartado 7 del Cc, " *no atender al público con la corrección y diligencias debidas*".

El Magistrado de instancia considera que quedaron probados los retrasos habituales (prácticamente todos los días), unos "minutos en la entrada y también en la salida", teniendo en cuenta que el retraso no lo es de llegada o salida del centro sino de la incorporación o salida efectiva al puesto de trabajo, dado que la trabajadora antes de fichar ha de pasar por el vestuario y cambiar la vestimenta. Argumenta que la empresa sabía sobradamente o tenía que saber de ello, pues a decir de la Directora médica de la empresa (con pocos trabajadores) la demandante era la única trabajadora que llegaba tarde, y esa circunstancia se prolongó durante casi dos años. En esta última precisión tiene en cuenta el registro del año 2020, pues los datos de registro del año 2019 no los considera significativos porque son muy diversos y varían. Respondiendo a la petición por la trabajadora, el 4/12/2020 la empresa le entregó el registro horario de entradas y salidas, de modo que al menos en ese momento pudo ver a qué hora llegaba y a qué hora dejaba la trabajadora el puesto. Afirma que, pese a ello, no apercibió, requirió ni sancionó a la trabajadora, lo que le lleva a concluir que la demandada consentía ese comportamiento o, si no, no lo consideraba relevante a efectos disciplinarios. Ve prueba de ello en el hecho de que en el mes de julio de 2020 la empresa envía un correo a la plantilla con las "Normas del Centro" y nada dice sobre incumplimientos horarios, ni introduce si quiera una llamada de atención sobre el particular, como también en que no se mencionara en las reuniones celebradas en mayo de 2020 (se refiere a dos reuniones e identifica ambas con la misma fecha). Considera que el despido es la primera y única reacción empresarial a ese comportamiento, por lo ante el tácito aquietamiento de la empresa resulta irracional, desproporcionada e incongruente la respuesta actual, pues antes debió la empresa advertir a la trabajadora de que no admitía esa forma de proceder, sancionarla por falta leve o grave, y solo posteriormente por falta muy grave si pese a lo anterior mantenía ese comportamiento.



Sobre el incumplimiento del protocolo clínico establecido, el Magistrado de instancia argumenta que la propia empresa califica los hechos de sendas faltas graves, como tal no susceptibles de sanción con despido, que solo podrían pasar a categoría de muy graves si la primera cometida hubiera sido expresamente sancionada como tal.

Sobre falta de compañerismo, el Magistrado considera que la empresa se adentra en un ámbito no estrictamente laboral, de modo que la actitud de la trabajadora en ese aspecto no puede ser tenida en cuenta para despedirla.

Finalmente, sobre la indisciplina, el Magistrado razona que calificados los hechos de falta leve, ni qué decir tiene que la sanción no puede ser el despido disciplinario.

El artículo 58.1 ET señala que los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable (artículo 58.1 ET). En este caso resulta aplicable el Convenio colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consultas, Asistencia y Análisis Clínicos del Principado de Asturias, texto publicado en el BOPA de 23/1/2018, que dedica el artículo 31 a las "infracciones y sanciones. Ese precepto define en general la "falta laboral", y dice "s e considerará falta laboral toda acción u omisión, de la que resulte responsable el trabajador, que se produzca con ocasión o como consecuencia de la relación laboral y que constituya un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones". Es una definición coincidente con la previsión del artículo 54.1 ET que autoriza al empresario a extinguir el contrato de trabajo cuando se dé un "incumplimiento grave y culpable" por parte del trabajador, entre las que el precepto en el nº 2.a) incluye a título de ejemplo "las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad".

Señala aquel artículo del Cc que "l as faltas se graduarán en leves, graves y muy graves, atendiendo a su importancia, trascendencia, voluntariedad y malicia en su comisión. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas de acuerdo con la graduación de faltas referenciadas y las sanciones que se establecen en los artículos siguientes".

Se considerarán faltas leves las siguientes:

1. Las faltas de puntualidad en la asistencia al trabajo, sin causa justificada, de una a tres faltas en el período de un mes o treinta días naturales.
5. No atender al público con la corrección y diligencias debidas (la misma conducta se repite como falta leve en el número 7 del mismo apartado).

Se considerarán faltas graves las siguientes:

1. Más de tres faltas injustificadas de puntualidad en la asistencia al trabajo durante un mes o treinta días naturales, bastando dos faltas si ello perjudica a otro trabajador.
7. La negligencia o desidia en el trabajo que afecte a la buena marcha del servicio.
15. La reincidencia en falta leve dentro de un trimestre natural, habiendo mediado comunicación escrita.

Se considerarán faltas muy graves las siguientes:

2. Más de diez faltas injustificadas de puntualidad en la asistencia al trabajo, cometidas en un período de tres meses o veinte durante seis meses.
19. La reincidencia en faltas graves, aunque sea de distinta naturaleza, dentro de un período de seis meses, siempre que haya sido objeto de sanción por escrito.

Régimen de sanciones. Corresponde a la empresa la facultad de imponer sanciones en los términos de lo estipulado en el presente convenio ...

Sanciones: 1. Las sanciones que las empresas pueden aplicar según la gravedad y circunstancias de las faltas cometidas, serán faltas leves, amonestación por escrito; faltas graves, amonestación por escrito, suspensión de empleo y sueldo de 1 a 15 días; faltas muy graves, suspensión de empleo y sueldo de 16 a 90 días, despido. 2. Para la aplicación y graduación de las sanciones que anteceden en el punto 1.º, se tendrán en cuenta: a) El mayor o menor grado de responsabilidad del que comete la falta. b) La categoría profesional del mismo. c) La repercusión del hecho en los demás trabajadores y en la empresa".

El texto del Convenio no autoriza a sancionar con despido faltas leves ni faltas graves, como tampoco elevar a muy grave la falta grave reiterada que no haya sido antes sancionada. En consecuencia, pese al acopio efectuado por la empleadora a la hora de conformar la comunicación escrita de despido, tal y como explica la



sentencia de instancia el único incumplimiento laboral de la trabajadora susceptible de ser tenido en cuenta a la hora de extinguir el contrato de trabajo por razones disciplinarias tiene que ver con la falta de puntualidad.

Centrándonos en la injustificada falta de puntualidad en la asistencia al trabajo, advertimos que el Cc la contempla en los tres tipos de faltas: como leve, para entre una y tres faltas de puntualidad dentro del periodo de un mes o treinta días naturales; como grave, para más de tres faltas de puntualidad dentro del periodo de un mes o treinta días naturales, dos faltas de puntualidad dentro de ese mismo periodo si ello causa perjuicio a otro trabajador, y para el caso de reincidencia en falta leve dentro de un trimestre si medió comunicación escrita; como falta muy grave, para caso de más de diez faltas injustificadas de puntualidad dentro de un plazo de tres meses o de veinte en el plazo de seis meses, también en caso de reincidencia en falta grave dentro de un semestre si medió sanción por escrito.

En la medida en que en el juicio por despido se revisa la decisión extintiva para declarar la procedencia o la improcedencia de la medida, valoramos si la conducta que la empresa imputada a la trabajadora resulta adecuada a la falta que le atribuye, de entre las legal o convencionalmente tipificadas como constitutivas de infracción susceptible de esa clase de sanción. Efectuamos, también, un juicio de valor sobre la gravedad de la falta invocada por la empresa y sobre la culpabilidad de la trabajadora y un análisis de proporcionalidad. Por lo general, cuando la conducta imputada aparece tipificada y calificada como falta muy grave en el Convenio colectivo de aplicación, consideramos que el despido es una respuesta proporcionada, pues da cuenta de la gravedad del incumplimiento; ello es la consecuencia de abordar el despido disciplinario desde la necesaria proporcionalidad entre hechos, persona y sanción.

En este caso cobra especial significado el hecho de que la trabajadora, al menos durante los años 2020 y 2021 incurrió en falta de puntualidad casi a diario, se retrasaba unos minutos en la hora de incorporación y en la de salida. En la empresa está implantado un sistema de registro o de fichaje. La empresa cuenta con reducida plantilla. Pudo conocer en todo momento de la falta de puntualidad y durante largo tiempo toleró la práctica de la trabajadora, a quien nunca antes de la entrega de la carta de despido hizo ver que no admitía el retraso en que incurría. Tuvo en sus manos el registro del año 2020, con datos similares a los que llevó a la comunicación de despido, y lo manejó para entregar a la trabajadora el 4/12/2020 detalle de su registro horario. Sin previa advertencia, requerimiento, comunicación, mucho menos sanción por falta de puntualidad, el 3/9/2021 la empresa comunica el despido. Se trata de una reacción inesperada y desconectada de la actitud tolerante, cuando menos pasiva, que hasta entonces había mantenido, lo que como subraya el Magistrado de instancia es buena muestra de que, cuando menos, la empresa no consideraba relevante el comportamiento de la trabajadora. Esos antecedentes hacen del despido una respuesta desmedida, la empresa pasa de tolerar el proceder de la trabajadora a extinguir el contrato de trabajo, sin pasar si quiera por las fases previas de sanción por falta leve o por falta grave llegado el caso, de ahí la desproporción entre el comportamiento de la trabajadora y la respuesta de la empresa, cuando, además, ni siquiera hay prueba de perjuicio concreto para la empresa o para otros trabajadores, un perjuicio que el texto de la comunicación de despido ofrece en términos de generalidad.

El Magistrado de instancia efectúa una sólida valoración de las circunstancias en juego y considera desmedida, desproporcionada y falta de razón la respuesta empresarial, y en ello la Sala no aprecia infracción de los preceptos señalados en el recurso.

TERCERO.- El artículo 235 LRJS dispone que la sentencia imponga las costas a la parte vencida en el recurso, salvo excepciones que no concurren en este caso.

Las costas comprenden los honorarios del abogado o graduado social colegiado de la parte contraria que ha actuado en el recurso en defensa o representación técnica de la parte, una cantidad que no supere los 1.200€.

La sentencia de suplicación que confirma la de instancia conlleva la pérdida del depósito efectuado por la recurrente para recurrir (artículos 204.4 y 203.1 y 3 LRJS).

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandada, frente a la sentencia dictada el 20/1/2022 en el procedimiento 765/2021 del Juzgado de lo Social 6 de Oviedo, que confirmamos en la estimación de la pretensión subsidiaria de la demanda, la declaración de la improcedencia del despido y la condena a las consecuencias legales inherentes.

Condenamos a la recurrente a las costas causadas, incluidos honorarios profesionales de la parte demandante que impugna el recurso, por importe de 500 €, más IVA, y a la pérdida del depósito para recurrir.



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 de 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.