



Roj: **STSJ PV 3517/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:3517**

Id Cendoj: **48020340012018102188**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2018**

Nº de Recurso: **1779/2018**

Nº de Resolución: **1900/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS ITURRI GARATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Recurso de suplicación 1779/2018

NIG PV 48.04.4-17/006875

NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0006875

SENTENCIA Nº: 1900/2018

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a nueve de octubre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y doña MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por don **Eugenio** contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao, de fecha 21 de marzo de 2018, dictada en los autos 679/2017, en proceso sobre **DESPIDO DISCIPLINARIO** y entablado por don Eugenio frente a **BASKONIA SPORT S.L.** y el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO . El actor Don Eugenio, con DNI NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta y a las órdenes de la empresa demandada BASKONIA SPORT, S.L., con la categoría profesional de ayudante de dependiente, antigüedad desde el 10/06/10 y salario bruto mensual correspondiente a jornada completa de 1.102,84 euros con inclusión de prorratas.

El actor disfrutaba de reducción de jornada por cuidado de menor desde el 1/04/17.

SEGUNDO . El 3/06/17 el representante de la empresa demandada Don Leovigildo, presentó denuncia en dependencias de la Ertzaintza imputando al trabajador la sustracción de 4 bicicletas, dándose por reproducida la misma que obra como documento nº 5 del ramo de prueba de la empresa.



TERCERO. Según resulta del documento nº 1 de los anexos a la demanda, el 5/06/17 el actor causó baja por IT derivada de EC con el diagnóstico de ludopatía.

CUARTO. La empresa notificó al trabajador carta de despido disciplinario fechada el 22/06/17 y con efectos a la misma fecha que, atendida su extensión, se tiene por reproducida si bien, a los efectos de interés actual y sin ánimo de exhaustividad, a través de la misma se imputa al actor la apropiación ilícita de 4 bicicletas de la tienda a fin de empeñarlas, así como haber pedido sumas de dinero por importe conjunto de 13.000 euros a 5 clientes, faltando a la verdad acerca del destino de las citadas cantidades, sin que el mismo guardase relación con actividades de la mercantil demandada, calificándose tales hechos como trasgresión de buena fe contractual y abuso de confianza.

QUINTO. La denuncia expresada en el Hecho Segundo dio lugar a las DDPP 845/17 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Barakaldo, dándose por reproducida el acta de primera declaración del investigado realizada por el actor que obra como documento nº 6 de la empresa si bien, a los efectos de interés actual, la misma tiene el siguiente contenido parcial:

"Que reconoce haberse llevado cinco bicicletas. Que está diagnosticado de ludopatía. Que las empeñó en una tienda de empeños de la calle Arrandi."

En el ámbito de las DDPP citadas el actor fue reconocido por médico forense, obrando su dictamen fechado el 26/12/17 como documento nº 3 del ramo de prueba de la parte actora, dándose por íntegramente reproducido si bien, a los efectos de interés en este pleito, tiene el siguiente contenido parcial:

"Antecedentes y exploración

Trastorno de la personalidad.

Trastorno en el control de los impulsos.

Actos repetidos que dañan los intereses de la persona, actuaciones irreflexivas sin importar el resultado más allá de calmar ansiedad.

Desde el punto de vista de su personalidad, se muestra como una persona impulsiva, rígida con poca capacidad de resolución de problemas en el ámbito social.

Su patrón conductual se caracteriza por una inmadurez de los impulsos, necesidades de satisfacción inmediata, bajo autocontrol, baja tolerancia a la frustración caracterizándose por la imposibilidad de prever la consecuencia de sus decisiones.

Conclusiones

Trastorno de la personalidad.

TCl.

Todo lo anterior determina una disminución del freno inhibitorio para la comisión de conductas antisociales.

Preserva suficiente entendimiento para conocer el carácter ilícito de las conductas.

El elemento volitivo a los efectos de imputabilidad se encontraba alterado de manera considerable avalando una modificación parcial de sus capacidades a los efectos de imputabilidad para los hechos enjuiciados."

SEXTO . El actor no ha ostentado durante el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

SÉPTIMO . El 26/12/17 se presentó papeleta de conciliación por despido que obra como documento nº 3 del ramo de la empresa teniéndose por reproducida, celebrándose el acto ante el SMAC sin efecto el 17/01/18, no compareciendo la empresa que constaba citada.

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: *Que, desestimando la demanda de despido interpuesta por Eugenio contra FOGASA y BASKONIA SPORT S.L., debo absolver y absuelvo libremente a la empresa demandada de las pretensiones frente a ella deducidas, declarando la procedencia del despido efectuado con fecha de efectos 22/06/17.*

TERCERO .- Don Eugenio formalizó en tiempo y forma recurso de suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por Baskonia Sport, S.L., también en tiempo y forma.

CUARTO.- En fecha 20 de septiembre de 2018 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 24 de septiembre, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 09 de octubre 2018.



Habiéndose llevado a cabo tal deliberación, se dicta seguidamente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Don Eugenio formula recurso de suplicación contra la sentencia que desestima su demanda por despido, actuada contra Baskonia Sport, S.L., declarando procedente su despido disciplinario.

Presenta un escrito de formalización del recurso en el que principalmente termina pidiendo que se anulen las actuaciones; en su defecto, que se declare nulo tal despido y en su defecto, improcedente, imponiéndose las costas a la parte demandada.

Al efecto, plantea dos motivos de impugnación, respectivamente enfocados por la vía del apartado a y c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre). El primero sirve para fundamentar la petición principal del recurso y el segundo, el resto de las demás que ya se han indicado.

Dicho recurso es impugnado por la demandada, que presenta un escrito de impugnación del recurso en el que se opone a ambos motivos y termina pidiendo que se desestime el recurso, se confirme la sentencia recurrida y se le impongan las costas del recurso a la parte recurrente.

SEGUNDO.- Primer motivo de impugnación.

1.- La parte recurrente aduce la infracción del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) y vulneración del artículo 24 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, alegando indefensión, pues considera que en tal situación se le ha dejado cuando en la sentencia sólo se resuelve sobre uno de los tres motivos de impugnación del recurso, el relativo a la ausencia de culpabilidad del demandante, pero, añade, nada dice en relación a la nulidad del despido por ser reacción a al hecho de que el demandante se acogiese a su derecho a jornada reducida por cuidado de menor legalmente a cargo ni tampoco sobre la existencia de discriminación por razón de discapacidad, entendiéndose que la enfermedad que padece ha de ser asimilada a ese concepto de discapacidad, extremos que también alegaba en la demanda rectora del presente proceso.

El citado artículo 209 se refiere a los requisitos formales de la sentencia y como quiera que claramente se deduce que el argumento sostenido en este primer motivo del recurso es el de imputar incongruencia omisiva a la sentencia recurrida, debiera haberse citado, cuando menos, el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o y en su caso, el artículo 97, punto 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social.

2.- El requisito de motivación de la sentencia viene impuesto directamente por el artículo 120, punto 3 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 y a nivel de legalidad ordinaria viene también expresada en el artículo 218, punto 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero).

También se deduce tal exigencia de motivación de la sentencia de lo dispuesto en el artículo 97, punto 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, como ya fijaba el anterior 97, punto 2 de la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), pudiendo ser citadas las sentencias del Tribunal Constitucional 308/06, de 23 de octubre y la 247/06, de 24 de julio de dicho Tribunal que explican los mínimos que tal requisito impone a las sentencias jurisdiccionales desde la perspectiva de la constitucionalidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional 3/2011, de 14 de febrero, sobre el particular dice: "Sobre la motivación errónea, este Tribunal ha reiterado (por todas, SSTC26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6) que "el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, STC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4)."

Sobre la incongruencia omisiva, también existe una sólida doctrina constitucional sentada por su autorizado intérprete fijando tres notas que han de concurrir para que tenga relevancia constitucional: a) que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; b) que la resolución del órgano judicial no le dé respuesta razonada;



c) la necesidad de que, razonablemente, del conjunto de ella no pueda deducirse la existencia de una tácita desestimación (STC 85/1996, de 21 de mayo, recurso de amparo 973/1994 , FJ 3).

3. La recurrente desarrolla el motivo de una forma muy breve, explicando que entiende que no se le ha dado respuesta a aquellas dos cuestiones y lo cierto es que ambos extremos son expresamente valorados en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida. Podrá ser más o menos lacónica la respuesta all  dada, gustar más o menos a la recurrente su contenido, pero ambos extremos son tratados en tal fundamento de derecho y por tanto, el motivo ha de decaer.

TERCERO.- Segundo motivo de impugnación.

1.- En este motivo, el recurrente plantea tres tipos de argumentaciones, que debidamente separa.

2.- Con respecto de la ludopatía, sin citar un solo precepto legal y sólo indicar la fecha y recurso de seis sentencias de Sala de Tribunal Superior de Justicia, el recurrente se limita a criticar que el Magistrado autor de la sentencia de por probado, a los efectos de valorar la imputabilidad del demandante en relación a los hechos por los que se le despidió, un informe médico pericial   informe del médico forense- que producido a los siete meses de los hechos imputados en la carta de despido, siendo que su situación ha cambiado de entonces al informe, pues se ha sometida a terapia desde el 5 de junio de 2017, siendo ese momento también está en incapacidad temporal por tal patología.

Como se ve, con este argumento, la recurrente hace una crítica de la forma en que el Juez funda su convicción sobre el elemento de culpabilidad que todo despido exige ex artículo 54, punto 1 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), pero lo cierto es que no plantea reforma fáctica alguna ni valoración alternativa, como tal, a lo dicho en aquel informe pericial emitido por médico forense.

En concreto, no propone reforma fáctica alguna por la vía y con los requisitos previstos en el apartado b del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social en relación con su artículo 196, número 3. Por lo que hemos de partir exclusivamente de lo declarado probado en la sentencia para valorar tal elemento culpabilístico.

Pero es que además el recurrente no tiene razón en su crítica: el dictamen del médico forense del que parte el Magistrado se hace luego de examinar al sujeto y los informes médicos que se le aportan y se emite considerando precisamente todo ello y para valorar el grado de imputabilidad al momento de cometerse los hechos imputados en vía penal.

Por otra parte, aquellas sentencias que se citan por el recurrente, parten de presupuestos fácticos bien distintos y en nuestro concreto caso, hemos de partir de que el demandante mantenía preservada su capacidad intelectual de la ilicitud de su conducta, estando parcialmente afectada su capacidad volitiva y en concreto, a lo que sea freno a sus impulsos. En este contexto, nos parece muy adecuada la ponderación judicial que concluye en que se da el elemento culpabilístico, pues no cabe considerar al demandante inimputable, sino consciente de lo ilegal de actuar.

No se discute en el recurso el otro factor al que alude el indicado artículo 54, punto 1: la gravedad de la conducta imputada.

3. En cuanto a la reducción de jornada, la misma fue reconocida en abril de 2017 y la recurrente, aparte de puntualizar tal extremo, se limita a citar diversa jurisprudencia que califica como nulo el despido ilegal de persona trabajadora con jornada reducida por razón de guarda legal.

Pero la cuestión es que el despido es procedente, al concurrir cotas de gravedad y culpabilidad mas que suficientes, a la vista de la entidad de los hechos imputados y que no se discute se hicieron y el grado de consciencia apuntados. Por tanto, no procede la declaración de nulidad mencionada en base a la objetivización de este tipo de calificaciones que contiene el artículo 55, punto 5 del Estatuto de los Trabajadores , pues no estamos en presencia de un despido ilegal, sino ante un despido que se considera legal.

También se ha de descartar la idea de que el demandante haya sido despedido por el hecho de haber hecho uso de ese derecho que le correspondía.

En caso de alegación de vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, la doctrina del Tribunal Constitucional impone que quien esto alegue, también ha de probar un panorama de indicios suficiente como para poder conjeturar con la probable existencia de esa conculcación y una vez probado este panorama, que no la vulneración del derecho fundamental como tal, sino la probabilidad de que se haya producido, se desplaza la carga de la prueba, de tal forma que, entonces, ha de ser la empresa quien ha de probar móvil ajeno al



represaliador indicado y en caso de falta de prueba, pechará con las consecuencias derivadas de esa falta. En tal sentido, por ejemplo, véase su sentencia 183/2015, de 10 de septiembre y las allí citadas.

Pues bien, el simple hecho de la reducción de jornada por esa causa legal por sí solo es un dato insuficiente como para hacer ver el indicado panorama indiciario de que el despido sea una reacción al ejercicio de aquel derecho legal, en definitiva, un ataque a la garantía de indemnidad que protege al demandante en el ejercicio de sus derechos, pues esos indicios han de ser, cuando menos varios (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y en sí mismo es insuficiente para alterar las ordinarias reglas de la carga de la prueba e imponer al empresario el deber de probar móvil desvinculado a la vulneración de aquella garantía.

Pero es que, aunque no se considerase esto así, como lo es y se partiera de la hipótesis alternativa, es decir, que el panorama indiciario fuese suficiente y en consecuencia, se trasladase a la empresa la carga de probar móvil ajeno al vulnerador de aquella garantía, en nuestro hay prueba de que la razón del despido no estuvo a ello vinculado y si a los graves hechos cometidos por el demandante.

4.- En cuanto a la discriminación por discapacidad y la sentencia **Daouidi**, dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15).

Dicha sentencia se remonta a la clásica sentencia Chacón Navas de 11 de julio de 2006 (asunto C-13/05) en cuanto que ya en la misma se sostuvo que no cabe equiparar los conceptos de enfermedad y discapacidad, pues son distintos y a los efectos de otorgar la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad que otorga la Directiva 2000/78, del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la enfermedad equiparable a discapacidad ha de suponer una limitación en lo profesional que sea de larga duración ("duradera"), debiéndose valorar ello a la fecha en que se produce el supuesto hecho discriminador.

En esa sentencia **Daouidi**, el Tribunal europeo apunta datos que pueden ser indiciarios de si existe esa discriminación, como es que, a la fecha del supuesto acto discriminador -en este caso, el despido- la ineptitud laboral por la enfermedad del interesado no tuviese una perspectiva bien delimitada a corto plazo o que se deduzca que esa limitación va a prolongarse mucho en el tiempo.

Pues bien, si vamos a los hechos probados de la sentencia, de la enfermedad del demandante, con carácter previo o concomitante al despido, sólo nos consta la baja laboral del día 5 de junio por ludopatía, con remisión al documento número 1 de los anexos a la demanda (hecho probado tercero). Obra al folio 8 y allí se hace ver baja de poca duración, con previsión de duración de 20 días.

Por encima de lo que consta en los hechos probados, en su decurso argumentativo, el recurrente cita el documento número 5 de los aportados con tal demanda (folio 16 de autos), pero, como se ha dicho, en su recurso no pretende introducir su contenido en los hechos probados por la vía y requisitos previstos en el artículo 193, apartado b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social en relación con su artículo 196, número 3. Por tanto, no cabe considerar lo allí expuesto.

Aún y cuando se prescindiese de lo anterior y se considerase que allí se dice que la baja va a ser de larga duración, con previsión de 300 días de duración, tal documento es de fecha 19 de junio de 2017, debiendo tenerse en cuenta que el despido se produce el siguiente día 22, desconociéndose si la empresa lo conocía ya a la fecha del despido, extremo que no se asume en el escrito de impugnación del recurso.

En todo caso, aunque prescindiendo de todo lo dicho, se partiese de la hipótesis de la existencia de suficiente panorama indiciario de la existencia de discriminación por razón de esa enfermedad equiparable a la discapacidad en el sentido predicho, ello daría lugar a imponer al empresario la carga de probar móvil ajeno al segregador para despedir y en el caso, ya se ha dicho, que consta que la razón de despedir tuvo por inmediata causa la conducta imputada en la carta de despido.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado en todo caso.

CUARTO. Costas.

No apreciándose temeridad o mala fe, no procede pronunciamiento condenatorio en materia de costas del recurso, ex artículo 235, número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, pues el recurrente goza del derecho a litigar gratuitamente ante esta Jurisdicción, conforme el artículo 2, letra d de la Ley de Asistencia Jurídica (Ley 1/1996, de 10 de enero).

VISTOS : los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS



Que **desestimamos** el recurso de suplicación formulado en nombre de don Eugenio contra la sentencia de fecha veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao en los autos 679/2017 seguidos ante el mismo y en los que también es parte Baskonia Sport, S.L.

En su consecuencia, **confirmamos** la misma.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

VOTO PARTICULAR

que formula el **Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI** en el Rec. 1779/2018, el que se basa en el art. 260 LOPJ, y el siguiente **Fundamento de Derecho** que paso a exponer:

UNICO. - Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aprobada por la Sala, y a mi entender debía estimarse el recurso del trabajador por las siguientes consideraciones que expresaré seguidamente.

Parto de que la facultad disciplinaria empresarial que establece el art. 20 ET se corresponde con la potestad organizativa del trabajo que el empresario mantiene dentro de la relación laboral. Sin desconocer este elemento, sin embargo, todo despido disciplinario, a tenor del art. 54 ET, requiere un elemento de culpabilidad por parte del trabajador, y así el referido precepto señala que son causas del despido disciplinario los incumplimientos graves y culpables del trabajador. El elemento de la culpabilidad se muestra como un requisito esencial para que procede un despido disciplinario.

Conforme a esa necesidad concurrente de la voluntad del trabajador es posible que el despido se declare improcedente cuando no concurra un elemento volitivo determinante de la conducta del operario. Para que nos encontremos ante una voluntariedad en la acción se requiere que ésta se produzca de forma libre y consciente, sin vicios u ofuscaciones que puedan determinar el que la transgresión del contrato de trabajo no sea tal.

Voy a tener en cuenta que conforme a la sentencia de instancia el trabajador, hecho probado tercero, causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de ludopatía (en el folio 16 consta un parte médico de confirmación de incapacidad temporal cuyo diagnóstico es ludopatía). La ludopatía consiste en un trastorno que lleva a la persona de forma patológica y compulsiva a realizar actividades de juego y apuesta. En nuestro caso, la causa por la que al trabajador se le ha separado del trabajo por incapacidad temporal es la de la ludopatía. Este padecimiento no podemos objetivarlo cronológicamente de forma estática, y no es una afectación fotográfica, puesto que se larva y continúa en el tiempo, no existiendo un momento en el que existe y otro sucesivo en el que ya no está; es un itinerario temporal que determina que se padece hasta que ya aflora y objetiva. Con ello quiero significar que cuando el demandante inicia un proceso de incapacidad temporal por este padecimiento, el mismo incide directamente en el contrato de trabajo, y determina la imposibilidad de trabajar, correspondiéndose a la situación o riesgo que lleva consigo la suspensión del contrato de acuerdo al art. 45 ET. Si este padecimiento incide de tal manera que el trabajador no puede trabajar e implica la baja médica, y es un padecimiento que no se produce el día en que se inicia esta, sino que anteriormente ya existía, debo indicar que los actos previos a esa incapacidad temporal también quedan, al menos presumiblemente, afectados por ella, o dicho de otro modo: el padecimiento es causante de la conducta del trabajador. Quiero significar que el contrato es un todo, debe responder a una concepción holística, y si la enfermedad determina que el trabajador sea separado de la vida laboral - como aquí sucede por el proceso de Incapacidad Temporal- esta enfermedad deberá tenerse en cuenta para valorar la conducta del trabajador en su contrato, y ser el parametro medidor de su conducta. No es posible, mantengo, aislar el contrato de sus propias incidencias.

Por tanto, no creo que se deba acudir exclusivamente al resultado de la acción del trabajador, sino a la incidencia de la voluntad en su conducta. Fijarnos, exclusivamente, en el daño producido o en las consecuencias de la acción, supone desnaturalizar el propio contrato de trabajo, y si en él la ludopatía supone



una suspensión de la relación laboral, también este padecimiento tiene que incidir en la actividad prestacional que el trabajador ha realizado cuando la padece. Y es aquí donde considero que debía estimarse el recurso, pues no existe un elemento volitivo del trabajador, que estaba afectado en su esfera de actuación, con independencia de que pudiese ser conocedor, esfera del conocimiento, de las consecuencias de su acción.

Rechazo, al igual que lo hace la sentencia recurrida, el resto de motivaciones del recurso, y concretamente el que se pueda acudir a una discriminación por discapacidad.

En consecuencia, considero que debía estimarse el recurso y declarar la improcedencia del despido según la argumentación que he procurado expresar.

Así por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia junto con el Voto Particular, en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1779-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1779-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.