



Roj: **STSJ CL 715/2021 - ECLI:ES:TSJCL:2021:715**

Id Cendoj: **47186340012021100382**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2021**

Nº de Recurso: **93/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL**

VALLADOLID

**SENTENCIA: 00376/2021**

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

**Tfno:** 983458462-463

**Fax:** 983.25.42.04

**Correo electrónico:**

**NIG:** 47186 44 4 2020 0002362

Equipo/usuario: MLM

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000093 /2021**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000461 /2020

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Jose Enrique

**ABOGADO/A:** MARIA MARTINEZ FERNANDEZ

**PROCURADOR:**

**RECURRIDO/S D/ña:** LURCA SA.- BURGER KING

**ABOGADO/A:** MARIA BELEN LAREO LODEIRO

PROCURADOR:

**GRADUADO/A SOCIAL:**

Ilmos. Sres.:

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente de la Sala

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> del Carmen Escuadra Bueno

*D. José Manuel Riesco Iglesias /*

En Valladolid, a uno de marzo de dos mil veintiuno.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 93/2021, interpuesto por **DON Jose Enrique** contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 5 de Valladolid de fecha 17 de noviembre de 2020, (Autos núm. 461/2020), dictada a virtud de demanda promovida por D. Jose Enrique contra la empresa **LURCA S.A.-BURGER KING** sobre **DESPIDO**.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. **DON JOSÉ MANUEL RIESCO IGLESIAS**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 26-08-2020 se presentó en el Juzgado de lo Social Nº 5 de Valladolid, demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los siguientes términos: "*Que desestimando la demanda formulada por DON Jose Enrique frente a la empresa LURCA S.A., declaro que la comunicación efectuada al actor con fecha de efectos con efectos de 17/07/20 tiene la consideración de despido procedente*".

**SEGUNDO.-** En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

" **PRIMERO.-** El demandante, DON Jose Enrique , con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios laborales para la empresa LURCA S.A., - dedicada a la explotación de locales de restauración bajo la marca Burger King - a tiempo completo, con antigüedad de 7/11/2019, en el centro de trabajo de Valladolid, con la categoría profesional de repartidor, jornada de veinte horas semanales y percibiendo un salario bruto mensual de 477,33 euros, incluida prorata de pagas extras.

**SEGUNDO.-** Desde el 16 de marzo de 2020 el demandante estuvo afectado por el ERTE por causa de fuerza mayor autorizado a la empresa LURCA S.A. en el Expte NUM001 de la Dirección General de Trabajo.

**TERCERO.-** El 28/05/20 la empresa demandada, a través de su encargada, D<sup>a</sup>. Edurne , se puso en contacto con el trabajador, a fin de que se reincorporara a prestar servicios tras el ERTE, reincorporación que estaba prevista para el día 29/05/20. No obstante, y tras mantener una conversación con la encargada, en la que el actor le mostró su disconformidad sobre la información que había obtenido de la TGSS en su informe de vida laboral, el demandante no se incorporó a prestar servicios, no haciéndolo los días 29, 30 y 31 de Mayo, y el 1 y 2 de Junio, sin justificar dichas ausencias .

**CUARTO.-** El 3/06/20 LURCA S.A. remitió un burofax al demandante con el siguiente contenido:

*"En Valladolid, 4 de Junio de 2020:*

D. Jose Enrique

*Muy señor nuestro:*

*La Dirección de esta empresa, en aplicación del poder de dirección y en ejercicio de su capacidad sancionadora, ha tomado la decisión de imponerle una sanción por faltas muy graves, en base a los hechos que a continuación se detallan:*

*La empresa LURCA, SA se dedica a la explotación de locales de restauración bajo la marca Burger King. Ud. presta servicios en uno de los locales que la empresa tiene en la ciudad de Valladolid con la categoría de repartidor.*

*Como consecuencia de la Declaración del Estado de Alarma con motivo del Covid-19, la empresa se vio obligada a cerrar sus locales y tramitar un ERTE por fuerza mayor (Expediente no NUM001 de la Dirección General de Trabajo). Dicho expediente fue resuelto favorablemente por la Autoridad Laboral.*

*Tras conseguir la autorización de Burger King y una vez desarrollados los imprescindibles protocolos de seguridad, la empresa procedió a la reapertura de parte de sus locales al objeto de poder prestar el servicio de delivery. Uno de los locales que se procedió a reabrir fue el local donde Ud. presta servicios. Por dicho motivo se contactó telefónicamente con Ud. al objeto de trasladarle la posibilidad de incorporarse a su puesto de trabajo, a lo que Ud. se mostró conforme. Su primer día de trabajo estaba establecido para el día 29 de mayo, procediendo la empresa a comunicar su reincorporación con carácter previo, tanto a la Seguridad Social, como al SEPE.*

*El día 29 de Mayo debía reincorporarse al trabajo pero tras numerosas llamadas, finalmente nos comunica que no se iba a incorporar a trabajar por una serie de dudas que tiene con su vida laboral. La encargada del local, Dña. Edurne intenta aclararle sus dudas pero usted decide, de todas maneras, no incorporarse a su puesto de*



trabajo. Al día de hoy, sigue sin haberse presentado, habiendo faltado los días 29, 30 y 31 de Mayo, y el 1 y 2 de Junio, no ha presentado justificación alguna de dichas ausencias.

Los referidos hechos son constitutivos de varias faltas muy graves, conforme aparecen reguladas en el Art. 54.2.a ) y d) del Estatuto de los Trabajadores , y Art. 40.1) y 2) del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería:

Art. 54.2.a) ET : "Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo".

Art. 54.2.d) ET : "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo".

Art. 40.1) ALAESH: "Tres o más faltas de asistencia al trabajo, sin justificar, en el período de treinta días, diez faltas de asistencia en el período de seis meses o veinte durante un año"

Art. 40.2) ALAESH: "Fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros trabajadores o trabajadoras o cualquiera otra persona al servicio de la empresa en relación de trabajo con ésta, o hacer, en las instalaciones de la empresa negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona sin expresa autorización de aquélla".

Pese a la gravedad de los hechos que justificaría unas medidas disciplinarias más severas, dadas las especiales circunstancias que se están produciendo, y pese a que la empresa ha desarrollado unos protocolos de seguridad que garantizan la seguridad de sus trabajadores, la dirección de la empresa, le impone, la sanción de **SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELDO DE 30 DÍAS**, de conformidad con lo previsto en el Art. 41 del referido Acuerdo Laboral , y Art. 54 del ET y que se hará efectiva desde el 4 de Junio hasta el 3 de Julio del presente debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo el próximo día 4 de Julio confiando en que en lo sucesivo no vuelvan a repetirse conductas como las anteriormente descritas o nos veremos obligados a interponer medidas mucho más severas".

**QUINTO.**- Cumplida la sanción, el actor debía incorporarse a su puesto de trabajo el 4 de julio de 2020, sin que conste que se produjera, hasta la fecha, dicha reincorporación.

**SEXTO.**- El 16/07/20 LURCA S.A. remitió un burofax al demandante con el siguiente contenido:

"En Valladolid, 16 de Julio de 2020.

Jose Enrique

Muy señor nuestro:

La Dirección de esta empresa, en aplicación del poder de dirección y en ejercicio de su capacidad sancionadora, ha tomado la decisión de imponerle una sanción por faltas muy graves, en base a los hechos que a continuación se detallan:

La empresa LURCA, SA se dedica a la explotación de locales de restauración bajo la marca Burger King. Ud. presta servicios en uno de los locales que la empresa tiene en la ciudad de Valladolid con la categoría de repartidor.

Como consecuencia de la Declaración del Estado de Alarma con motivo del Covid-19, la empresa se vio obligada a cerrar sus locales y tramitar un ERTE por fuerza mayor (Expediente no NUM001 de la Dirección General de Trabajo). Dicho expediente fue resuelto favorablemente por la Autoridad Laboral.

Tras conseguir la autorización de Burger King y una vez desarrollados los imprescindibles protocolos de seguridad, la empresa procedió a la reapertura de parte de sus locales al objeto de poder prestar el servicio de delivery. Uno de los locales que se procedió a reaperturar fue el local donde Ud. presta servicios. Por dicho motivo se contactó telefónicamente con Ud. al objeto de trasladarle la posibilidad de incorporarse a su puesto de trabajo, a lo que Ud. se mostró conforme. Su primer día de trabajo estaba establecido para el día 29 de mayo, procediendo la empresa a comunicar su reincorporación con carácter previo, tanto a la Seguridad Social, como al SEPE.

El día 29 de Mayo debía reincorporarse al trabajo pero tras numerosas llamadas, finalmente nos comunica que no se iba a incorporar a trabajar por una serie de dudas que tiene con su vida laboral. La encargada del local, Dña. Edurne intenta aclararle sus dudas pero usted decide de todas maneras, no incorporarse a su puesto de trabajo. A día 3 de junio, seguía sin haberse presentado, habiendo faltado los días 29, 30 y 31 de Mayo, y el 1 y 2 de Junio, no había presentado justificación alguna de dichas ausencias.

Ante dicha situación, con fecha 3 de junio se le remite un burofax certificado en el que se le informaba que se procedía a sancionar con suspensión de empleo y sueldo por dichas ausencias durante 30 días desde el 4 de junio debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo el día 3 de julio.



*A día de hoy, sigue sin haberse presentado al trabajo, habiendo faltado de nuevo desde el día 4 de julio hasta la fecha, y sin haber presentado justificación alguna de dichas ausencias.*

*Los referidos hechos son constitutivos de varias faltas muy graves, conforme aparecen reguladas en el Art. 54.2.a ) y d) del Estatuto de los Trabajadores , y Art. 42.1) del Convenio Colectivo provincial de Hostelería de Valladolid:*

*Art. 54.2.a) ET : "Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo'.*

*Art. 54.2.d) ET : "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo".*

*Art. 42.1) CC : "Tres o más faltas de asistencia al trabajo, sin justificar, en el período de treinta días, diez faltas de asistencia en el período de seis meses o veinte durante un año".*

*Por todo lo anteriormente citado, la Dirección de la empresa ha tomado la decisión de extinguir la relación laboral que mantenía con Usted con efectos del día 17 de Julio.*

*Con el ruego de que se sirva firmar el duplicado de la presente a los meros efectos de darse por notificado del contenido de la misma.*

*Sin otro particular le saluda atentamente"*

**SÉPTIMO.-** Es de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de la provincia de Valladolid.

**OCTAVO.-** La parte actora, no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación legal ni sindical de los trabajadores.

**NOVENO.-** La parte actora presentó papeleta de conciliación en fecha 11/08/20 celebrándose el acto en fecha 25/08/20, con el resultado de intentado sin avenencia".

**TERCERO.-** Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte actora, sí fue impugnado por la parte demandada, y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO: 1.** Al amparo de lo establecido en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social formula el actor el único de los motivos del recurso para denunciar la interpretación errónea en la sentencia de la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Argumenta la Letrada del recurrente que la empresa no cumplió con el compromiso de mantener el empleo al despedir de forma verbal a su representado el día 28 de mayo, cuando se reincorpora a su puesto de trabajo y discrepa con la encargada, quien le indica que no se moleste en volver y que se considere despedido. Para la parte recurrente todos los hechos que acontecen desde ese día son actos encaminados por parte de la empresa para enmascarar como disciplinario un despido improcedente llevado a cabo de forma verbal, lo que supondría el incumplimiento del compromiso adquirido por la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.

**2.** Se opone la empresa recurrida alegando en primer término la inadmisión del recurso por plantear el recurrente una cuestión nueva. No hay tal. En el hecho quinto de la demanda el hoy recurrente ya advirtió lo mismo que ahora alega en el motivo único del escrito de interposición. Puso de manifiesto en el escrito rector que la empresa era conocedora de que si hubiera despedido como indicó la encargada, hubiera incumplido el requisito de no despedir a los trabajadores en ERTE hasta transcurridos seis meses desde su incorporación, por lo que preparó el camino para imponerle la sanción más grave.

En una segunda parte de la impugnación la empresa recurrida pide la íntegra desestimación del motivo único porque la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/20 establece que no se considera incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente.

**3.** La disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020 invocada por el recurrente establece una cláusula de salvaguarda del empleo, disponiendo en el núm. 1: "*Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto -ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla".*



En el número 2 se establece en su primer párrafo que este *compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes*. Pero añade el segundo párrafo: *"No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación."*

En el caso enjuiciado queda claro en la sentencia impugnada que el cese del hoy recurrente ha sido calificado como procedente, con lo que, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula adicional sexta, no se produce la ruptura del compromiso de salvaguarda del empleo por parte de la empresa demandada.

4. El recurrente no dedica ningún otro razonamiento a combatir la calificación de procedencia del despido del que ha sido objeto por la empresa recurrida, conque la desestimación del recurso deviene inevitable.

Por lo expuesto, y

**EN NOMBRE DEL REY**

## FALLAMOS

**DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la indicada representación de **DON Jose Enrique** contra la sentencia de 17 de noviembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social N° 5 de Valladolid en los autos número 461/20, seguidos sobre **DESPIDO** a instancia del indicado recurrente contra la empresa **LURCA, S.A.-BURGER KING, confirmando íntegramente** la misma.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta Capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro de sentencias.

## SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de esta notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 2031 0000 66 0093-2021 abierta a nombre de la Sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.