

# Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, Sentencia de 16 Oct. 2023, Rec. 1398/2023

Ponente: Vega Pedraza, María Laura.

Nº de Recurso: 1398/2023

Jurisdicción: SOCIAL

ECLI: *ES:TSJCL:2023:3810*

14 min

DESPIDO DISCIPLINARIO. Faltas de asistencia al trabajo. Aplicación de la teoría gradualista en atención a la tolerancia empresarial. El empleado se ausentó durante tres días, pero cuando avisó al encargado vía Whatsapp, este le manifestó que “estupendo”. En estos casos en los que no existe un aviso previo de sanción por parte de la empresa, la tolerancia se entiende acreditada.

El TSJ Castilla y León desestima el recurso de suplicación interpuesto, confirma sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Valladolid y declara improcedente el despido disciplinario.

[TEXTO](#)

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

VALLADOLID

**SENTENCIA: 01570/2023**

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

**Tfno:** 983458462

**Fax:** 983254204

**Correo electrónico:** tsj.social.valladolid@justicia.es

**NIG:** 47186 44 4 2022 0003747

Equipo/usuario: AGG

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0001398 /2023 -A-**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000748 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** RESTAURANTE LLANTEN S.L.

**ABOGADO/A:** JULIO BENITO DEL CAMPO

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** Baldomero

**ABOGADO/A:** JAVIER MARIJUAN IZQUIERDO

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

Ilmos. Sres.:

D. Jose Manuel Martínez Illade

Presidente de Sección en funciones

D<sup>a</sup> Carla García del Cura

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Laura Vega Pedraza/

En Valladolid a dieciséis de octubre de dos mil veintitrés.

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. 1398/2023, interpuesto por **RESTAURANTE LLANTEN S.L.** contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 5 de Valladolid, de fecha 28 de marzo de 2023, (Autos núm. 748/2022 (LA LEY 114581/2023)), dictada a virtud de demanda promovida por D. Baldomero contra **RESTAURANTE LLANTEN S.L.** sobre **DESPIDO**.

Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M<sup>a</sup> LAURA VEGA PEDRAZA**.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 23/02/2022 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. 5 de Valladolid demanda formulada por **D. Baldomero** 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 términos que consta en su parte dispositiva.

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

" **PRIMERO.-** El demandante, DON Baldomero, mayor de edad y cuyas restantes circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, inició la relación laboral con la empresa RESTAURANTE LLANTÉN S.L., el 29/04/21, en virtud de contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, consistente en "temporada primavera-verano", con duración inicialmente prevista hasta el 27/09/21 pero que, de conformidad con el informe de vida laboral, se extendió hasta el 19/12/21. Entre el 29/12/21 y el 7/01/22, el actor prestó servicios en virtud de contrato eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial. El 14/01/22 las partes formalizan un nuevo contrato de trabajo indefinido fijo discontinuo, para la prestación de servicios, en virtud del cual permaneció de alta entre el 14/01/22 y el 11/10/22.

**SEGUNDO.-** La categoría profesional que ha ostentado el actor fue la de cocinero, y el salario que percibía a fecha de despido ascendía a 2.050,20 euros brutos, correspondiente a los siguientes conceptos: salario base: 1.079,28€, manutención: 46€, prorrata pagas extras: 179,88€, comp. Personal a líquido: 745,04€.

**TERCERO.-** El trabajador se ausentó de su puesto de trabajo los días 2, 4 y 5 de octubre de 2022. El 6/10/22 el legal representante de la empresa se comunicó con él vía whatsapp preguntándole si iba todo bien, al no haber acudido a trabajar. El actor le indicó que tenía lumbalgia, y que al día siguiente se reincorporaba, así como que todo estaba preparado para dos eventos que tenían el fin de semana y le preguntaba por algunas compras para los mismos. El empresario le contestó "ok" y le indicó que las compras ya estaban hechas. El 7/10/22 el Sr. Emiliano le requirió, vía whatsapp, el parte de baja médica, para pasarla a la gestoría, a lo que el demandante le indicó que no había cogido baja porque su intención era haber vuelto el día 6, y porque la baja por lumbalgia hubiera sido de diez días y no hubiera

podido estar para los eventos del fin de semana. Asimismo, le dijo al empresario que por su parte no habría problema en que le descontara los tres días. El Sr. Emiliano le contestó: "ok". El demandante añadió que se reincorporaría esa misma tarde, que no podía coger peso pero sí andar bastante bien, que así estaría "organizando y controlando el pase y la brasa", y que estaba todo preparado. El Sr. Emiliano contestó: "estupendo".

**CUARTO.-** Entre los días 7 y 9 de octubre el demandante prestó servicios, si bien requirió la ayuda de otros compañeros al referir a los mismos que no estaba del todo recuperado y aquejarse de dolor en la zona lumbar.

**QUINTO.-** El 11/10/22, mediante comunicación fechada el 10/10/22, la empresa notificó al demandante su despido disciplinario:

*"Muy Sr. mío:*

*Por medio de la presente le comunicamos que la dirección de esta empresa ha resuelto imponerle la sanción de despido por ser usted autor de una falta muy grave, tipificada en el art.42.1 del Convenio Colectivo provincial de hostelería de Valladolid.*

*En concreto, dicho artículo establece como falta muy grave, la comisión del siguiente incumplimiento: La falta de tres o más faltas de asistencia al trabajo, sin justificar en el período de treinta días, diez faltas en el periodo de seis meses o veinte durante un año.*

*Asimismo, le indicamos que su incumplimiento es constitutivo de despido, de conformidad con lo dispuesto por el art.43.c del convenio colectivo que le es de aplicación, y atendiendo a la gravedad de los hechos cometidos, los cuales se detallan a continuación.*

*Los hechos por los que se impone la sanción son los que a continuación pasamos a relatar:*

*1. Los días 02 04, 05 de octubre usted no se ha presentado a trabajar, no comunicando a la empresa la causa de dicha ausencia. El día 06 de octubre la empresa se pone en contacto con usted por vía WhatsApp, ante las faltas injustificadas, dándonos como respuesta que tenía molestias en la espalda. Sin embargo, no nos presenta justificación médica de ningún tipo.*

*2. Que, como usted bien sabe, tenemos una gran afluencia de clientes y es muy difícil encontrar trabajadores que puedan cubrir su puesto de trabajo sin previo aviso por lo que hemos tenido que dejar de servir comidas durante estos días. Esto ha ocasionado un gran perjuicio para la empresa, no solo económico sino de imagen hacia nuestros clientes, pudiendo sufrir una pérdida de los mismos.*

*La sanción de despido será efectiva el día 11 de octubre, quedando extinguida la relación laboral que hasta ahora tenía con esta empresa".*

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

**SÉPTIMO.-** Es de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de la provincia de Valladolid (BOPVA 28/12/21).

**OCTAVO.-** La parte actora presentó papeleta de conciliación en fecha 25/10/22 celebrándose el acto en fecha 11/11/22, con el resultado de intentado sin avenencia."

**TERCERO.-** Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por **RESTAURANTE LLANTEN S.L.** que fue impugnado por **D. Baldomero** , y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La Sentencia nº 96/2023, de 28 de marzo de 2023 (LA LEY 114581/2023), dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valladolid en el procedimiento de despido/ ceses en general nº 748/2022, estima la demanda formulada por D. Baldomero contra la empresa RESTAURANTE LLANTÉN S.L. declarando " que, con fecha 11/10/22 el trabajador ha sido objeto de un despido improcedente, condenando a la demandada a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 3.336,49 euros. La opción por la indemnización, que deberá ser expresa ante este juzgado, determinara la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del despido.



En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación en cuantía diaria de 67,40 euros brutos, desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

- En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera. ".

Frente a dicha resolución, se alza en Suplicación la representación procesal de la mercantil invocando dos motivos de recurso al amparo de los apartados B) y C) del [art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#). Por la representación del trabajador se presentó escrito de impugnación al recurso formalizado de contrario instando la confirmación de la resolución recurrida por sus propios argumentos.

**SEGUNDO.-** Se formaliza un primer motivo de recurso por el cauce procedimental descrito, manifestando la mercantil recurrente su discrepancia con el relato fáctico.

Los requisitos de la revisión fáctica los encontramos en la STS/Social, Pleno, [de 22.02.2022, rec. 232/2021 \(LA LEY 24215/2022\)](#) respecto a la revisión en casación de los Hechos Probados, con doctrina plenamente aplicable al recurso de suplicación (añadiendo a la documental como prueba habilitante la pericial):

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo (por todas, STS/Social, Pleno, de 15.05.2021, rec. 68/2021, y las citadas en ella).

- A tal efecto, interesa la empresa modificar el hecho probado tercero, para el que propone la siguiente redacción:

" (...), TERCERO.- El trabajador se ausento de su puesto de trabajo los días 2, 4 y 5 de octubre de 2022. El 6 de octubre de 2022 el representante legal de la empresa se comunica con el vía WhatsApp, intercambiando los siguientes mensajes entre las 12:34:56 horas y las 20:29:55 horas:

"(...), (6/10/22, 12:34:56) Emiliano: Buenos días Baldomero. No estas yendo a trabajar, va todo bien?

(6/10/22, 13:39:11) Baldomero: Hola Emiliano. Que tal? Si, estoy con lumbago, me tuve que volver el mismo domingo del viaje porque me pego nada más llegar. Estuve el lunes en el fisio, mañana por la mañana vuelvo.

Esta todo preparado para los procuradores y los del bar Antequera. Lo de la tienda lo íbamos a llevar nosotros porque no sabíamos nada de que habías hablado con estos. Pero al final lo están llevando los camareros. No hace falta tomate pera para el salmorejo de los eventos. Se lo pides al hortelano o lo cogemos en Makro?

(6/10/22, 20:28:44) Emiliano: Ok

*(6/10/22, 20:29:55) Emiliano: Las compras ya están hechas, lo ultimo se ha hecho esta tarde. Creo que será suficiente, (...)"*

El 7 de octubre de 2022 el representante legal de la empresa volvió a contactar por WhatsApp con el trabajador, intercambiando los siguientes mensajes entre las 12:45:57 horas y las 13:04:51 horas:

*"[12:45:57] Emiliano: Me puedes pasar, si lo tienes, la baja del lumbago para pasársela a la Gestoría?"*

*[12:46:26] Emiliano: Para mañana están entre 100/106 pax; sin alergias*

*[12:46:39] Emiliano: Esta tarde tampoco hay alergias*

*[12:58:54] Baldomero: Ok*

*[13:01:20] Baldomero: No he cogido baja porque mi intención era haber vuelto ayer. Y habría faltado martes y miércoles.*

*Pero al final vuelvo esta tarde. No fui a por la baja porque si iba me la daban para 10 días por la lumbalgia. Y como si o si iba a estar hoy para los eventos no quería que me dieran baja de tantos días.*

*Pero vamos que si quieres me descuentas los tres días por mi parte no hay problema*

*[13:03:48] Emiliano: Ok*

*[13:04:51] Emiliano: De todas formas vuelvo a hablar mañana*

*[13:06:30] Baldomero: Ok. Yo esta tarde estaré allí. No puedo coger peso pero ya puedo andar bastante bien.*

*Asi que asi estoy allí organizando y controlando el pase y la brasa. Acabo de hablar con Sofía, esta todo preparado*

*[7/10/22, 13:45:55] Emiliano: Estupendo, (...)"*

Para la pretendida alteración, señala la conversación por WhatsApp mantenida entre el trabajador y el Sr. Emiliano, conversación que obra la pieza de prueba aportada en el Juicio por el demandante.

Si bien al inicio del fundamento la parte indica que propone revisar el hecho probado sexto, todo indica, a continuación, que se trata del hecho probado tercero.

Sin embargo, el motivo no puede prosperar. En efecto, además de tratarse de un mensaje de WhatsApp, cuya virtualidad no se encuentra reconocida como documento a los efectos de la pretendida modificación, dicho documento ya consta valorado por la juez de instancia, adoptando las conclusiones valorativas precisas que ya constan en los hechos probados, conforme a la tarea exclusiva que el atribuye el [art. 97.2 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#).

Con todo, no parece que la conversación cuya transcripción se pretende aporte nada nuevo ni distinto a lo ya recogido en autos, tratándose prácticamente del mismo tenor ya incluido.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**TERCERO.-** El siguiente motivo del recurso va destinado a la censura jurídica de la fundamentación de la sentencia. Con amparo procesal en la letra C) del [art 193 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) y al objeto de propiciar de esta Sala un estudio de la infracción señalada.

En concreto, la empleadora considera infringido el art. 42.1, 43 y 44 del Convenio Colectivo de hostelería de Valladolid, en relación con los [arts.54 \(LA LEY 16117/2015\)](#) y [55 del estatuto de los trabajadores \(LA LEY 16117/2015\)](#), e infracción de jurisprudencia.

De acuerdo a los hechos probados inalterados, consta que el trabajador, vinculado a la empresa recurrente desde el 29/04/21, inicialmente por un contrato temporal eventual por circunstancias de la producción y, desde el 14/01/22 como indefinido

fijo discontinuo, ostenta la categoría profesional de cocinero. El trabajador se ausento de su puesto de trabajo los días 2, 4 y 5 de octubre de 2022.

*Iniciada una conversación de WhatsApp entre el actor y el representante de la empresa, este le preguntó si todo iba bien, al no haber acudido a trabajar. El actor le indico que tenía lumbalgia, y que al día siguiente se reincorporaba, así como que todo estaba preparado para dos eventos que tenían el fin de semana y le preguntaba por algunas compras para los mismos. El empresario le contesto "ok" y le indico que las compras ya estaban hechas. El 7/10/22 el Sr. Emiliano le requirio, vía WhatsApp, el parte de baja medica, para pasarla a la gestoria, a lo que el demandante le indico que no habia cogido baja porque su intención era haber vuelto el día 6, y porque la baja por lumbalgia hubiera sido de diez días y no hubiera podido estar para los eventos del fin de semana. Asimismo, le dijo al empresario que por su parte no habría problema en que le descontara los tres días. El Sr. Emiliano le contesto: "ok". El demandante anadio que se reincorporaria esa misma tarde, que no podia coger peso pero si andar bastante bien, que asi estaría "organizando y controlando el pase y la brasa", y que estaba todo preparado. El Sr. Emiliano contesto: "estupendo".*

El 11/10/22, mediante comunicación fechada el 10/10/22, la empresa notifico al demandante su despido disciplinario.

La cuestión del recurso se centra en la justificación de las ausencias del trabajador los días 2,4 y 5 de octubre de 2022 a efectos de la procedencia o improcedencia del despido.

**CUARTO.-** Resulta de especial trascendencia para la resolución del motivo, la referencia al [artículo 49.1 k\) ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) que señala, con carácter



general, que el contrato de trabajo se extinguirá "por despido del trabajador" sin establecer las causas que justifican ese despido. Es el artículo 54.1 del mismo texto legal el que dispone que "el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador", enumerando a continuación una serie de conductas del trabajador que se califican como "incumplimientos contractuales" a efectos del despido disciplinario. Consecuentemente se exige que la conducta del trabajador que pueda justificar la decisión empresarial de despedir sea un incumplimiento caracterizado por dos notas: a) incumplimiento contractual; b) incumplimiento grave y culpable.

Las exigencias legales de gravedad y culpabilidad del incumplimiento contractual del trabajador han dado lugar a una doctrina jurisprudencial consolidada que puede sintetizarse así:

a) Ambos requisitos son de exigencia acumulativa (por todas, Sentencia TS 23 junio 1988 ), debiendo apreciarse sin ninguna duda razonable.

b) La culpabilidad no ha de ser necesariamente dolosa, admitiéndose la simple falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones ( SSTS 21 marzo 1988 y 23 de octubre de 1989 ), debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, las características personales del trabajador ( STS 14 octubre 1987 ).

c) Para determinar la existencia de la gravedad y la culpabilidad "han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, teniendo presente los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas" ( STS 9 abril 1986 ), "así

como las circunstancias concurrentes y la realidad social" (por todas, STS 13 julio 1988 ).

d) La aplicación del principio de proporcionalidad y adecuación "entre el hecho, la persona y la sanción para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica de que ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con pleno y especial conocimiento del factor humano" ( STS 29 marzo 1990 , postura tradicional confirmada por la de 2 de abril de 1992 ).

*e) Si la empresa había creado una conciencia de tolerancia de ciertas prácticas, tal conducta impide su posterior utilización para justificar un despido, pues al hacerlo así se atentaría a la buena fe y a la lealtad que recíprocamente se deben trabajador y empresario ( STS 5 julio 1988 ). Si bien para la aplicación de la tolerancia empresarial se vienen exigiendo requisitos rigurosos ( STS 30 septiembre 1987 ), como la posibilidad de que el empresario avise previamente su intención de acabar con esa situación de tolerancia.*

Por lo que se refiere a las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo, como causa de despido disciplinario - [artículo 54. 2 a\) ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) -, se exige que sean repetidas e injustificadas. No operan automáticamente sino que han de ser analizadas caso por caso. Son justificadas las motivadas por hechos que son independientes de la voluntad del trabajador, de los que no es culpable, aunque le impiden acudir al trabajo ( STS 8 febrero 1990 ). Son injustificadas, por el contrario, aquéllas para las que no existe precepto legal, reglamentario o circunstancia de indudable valor, moral o social, que disculpe la asistencia.

El CC aplicable, dispone en su artículo 42.-Faltas muy graves. Seran faltas muy graves:

1. 1.- Tres o más faltas de asistencia al trabajo, sin justificar, en el periodo de treinta días, diez faltas de asistencia en el periodo de seis meses o veinte durante un año.

No cabe duda del cumplimiento formal del precepto indicado, constando expresamente tres faltas de asistencias en el periodo de treinta días. Sin embargo, el texto de la norma legal y convencional debe ser interpretado conforme a la doctrina gradualista.

*En este caso se impone la aplicación de la doctrina gradualista en consideración a la actuación de la empresa sobre las faltas de asistencia. Esto es, no cabe duda de las ausencias del trabajador en los tres días indicados - en un periodo de referencia de treinta días-, pero cuando el representante de la empresa se interesó por su situación y aun cuando no hubiera una autorización previa, el trabajador le explicó su mal estado de salud debido a una lumbalgia, siendo que la empresa le pidió que facilitara el parte e baja, a lo que este respondió que no habia cogido baja porque su intención era haber vuelto el día 6, y porque la baja por lumbalgia hubiera sido de diez días y no hubiera podido estar para los eventos del fin de semana. Asimismo, le dijo al empresario que por su parte no habría problema en que le descontara los tres días. El Sr. Emiliano le contesto: "ok". El demandante anadio que se reincorporaria esa misma tarde, que no podia coger peso pero si andar bastante bien, que asi estaria "organizando y controlando el pase y la brasa", y que estaba todo preparado. El Sr. Emiliano contesto: "estupendo".*

*Ello implica una actitud tolerante por parte de la empresa, ya que el actor efectivamente se reincorporó el día 7 y cubrió todo el trabajo del finde semana, no exento de molestias, necesitando la ayuda de sus compañeros. El " ok" y " estupendo" recibido por parte de la empresa, otorgó al trabajador la confianza suficiente en la justificación que había prestado, cumpliendo debidamente su palabra de reincorporarse al día siguiente.*

A tal efecto, y sin existir previo aviso sancionador por la empresa, la tolerancia se entiende acreditada y conforme a la doctrina gradualista la ausencia formal de los 3 días- [art. 41 del CC \(LA LEY 1/1889\)](#)- se atenúa por dicha actuación.

En consecuencia, la sentencia de instancia en conforme a derecho y el recurso debe ser desestimado.

**QUINTO.-** De conformidad con lo establecido en los [artículos 235.1 \(LA LEY 19110/2011\)](#) y 204.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , procede la condena en costas a la empresa recurrente, que comprenden el pago de la minuta de honorarios del letrado o graduado social de la parte impugnante, los cuales se fijan, a los meros efectos de la condena en costas y sin prejuzgar los que contractualmente correspondan al mismo por la relación con su cliente, en 500 euros más IVA. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la misma Ley debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 229 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 230 de la misma Ley , hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**EN NOMBRE DEL REY**

**FALLAMOS**

**Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa RESTAURANTE LLANTEN S.L. frente a la Sentencia nº 96/2023, de 28 de marzo de 2023 (LA LEY 114581/2023), dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valladolid en el procedimiento de Despidos/Ceses en general nº 748/2022 Y, en consecuencia, confirmamos la resolución de instancia.

Con condena en costas a la empresa recurrente, que comprenden el pago de la minuta de honorarios del letrado o graduado social de la parte impugnante, los cuales se fijan, a los meros efectos de la condena en costas y sin prejuzgar los que contractualmente correspondan al mismo por la relación con su cliente, en 500 euros más IVA. Igualmente, debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

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 Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en los números 2 y 3 del [artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#).

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. 4636 0000 66 1398 23 abierta a **nombre** de la Sección 1ª 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 \(LA LEY 19110/2011\)](#).

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

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.