



Roj: **STSJ GAL 3535/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:3535**

Id Cendoj: **15030340012023102455**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2023**

Nº de Recurso: **1194/2023**

Nº de Resolución: **2168/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 02168/2023

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO//MDM

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

NIG: 36057 44 4 2021 0005541

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001194 /2023

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000767 /2021

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S: FERRETERIA COBALLES SL

ABOGADO/A: ALEJANDRO GIL MURILLO

RECURRIDO/S: María Antonieta , Bárbara

ABOGADO/A: ROXELIO FERNANDEZ PORTELA, ALEJANDRO GIL MURILLO , ,

ILMOS/AS. SRS/AS. MAGISTRADOS

D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

Dª PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR

Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a cuatro de mayo de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 SUPPLICACIÓN 0001194/2023, formalizado por el Letrado don Alejandro Gil Murillo, en nombre y representación de **FERRETERÍA** COBALLES SL, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000767/2021, seguidos a instancia de D^a María Antonieta frente a **FERRETERÍA** COBALLES SL y D^a Bárbara, con intervención del MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a María Antonieta presentó demanda contra **FERRETERÍA** COBALLES SL y D^a Bárbara, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil veintitrés.

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

"Primero.- La demandante D^a. María Antonieta, mayor de edad y con D. N. I. número NUM000, vino prestando servicios para su padre D. Benigno desde el día 8 de enero de 2002 hasta el 30 de junio de 2014, pasando a hacerlo para su madre D^a. Bárbara desde el 1 de julio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015 y el día 1 de enero de 2016 causó alta en la empresa **Ferretería** Coballes, S.L. Su categoría es la de ayudante.- Segundo.- La actora trabajaba a jornada completa hasta que el 12 de septiembre de 2014, teniendo un hijo que padece con DIRECCION000 por el que tiene una discapacidad del 35%, pactó con la empresa una reducción del 99% hasta el 10 de septiembre de 2017. Presentada por la trabajadora demanda de reducción de jornada por guarda legal y concreción horaria, las partes pactaron el día 17 de enero de 2018 ante el Juzgado de lo Social número 4 de esta ciudad en el procedimiento número 847/2017 una reducción del 50% con horario de lunes a viernes de 9:15 a 13:15 horas, conciliación aprobada por la letrada de la Administración de Justicia mediante decreto de igual fecha.- Tercero.- Con la jornada del 50% de la ordinaria la demandante viene percibiendo un salario mensual prorrateado de 951'63 euros, correspondiéndole uno de 1.023'32 euros y a jornada completa un salario mensual prorrateado de 2046'63 euros.- Cuarto.- Previa instrucción de expediente contradictorio iniciado el 21 de septiembre de 2021, el día 27 la empresa le notificó a la actora carta de igual fecha comunicándole la extinción de su contrato de trabajo con efectos desde el mismo día en base a los hechos que constan en la carta aportada y que, por su extensión, se tiene aquí por reproducida.- Quinto.- De los hechos imputados a la actora en la carta de despido resulta acreditado: --- En abril de 2021 la actora solicitó permiso para acudir al médico el día 20 de abril y, aportando justificante de permanencia en el HOSPITAL000 de DIRECCION001 entre las 11:30 y las 12:10 horas, sin embargo accedió al hospital a las 9:25 y luego lo abandonó a las 9:58 y se dirigió a varios **centros comerciales** sitios en el **centro comercial** DIRECCION002 hasta las 11:35 en que se fue de nuevo para el hospital al que accedió a las 11:52 horas y abandonó a las 12:22 para irse de nuevo a su domicilio en DIRECCION003. --- De nuevo solicitó permiso para llevar a su hijo a pediatría a dicho hospital el día 22 de abril, aportando justificante de permanencia en dicho **centro** entre las 13 y las 14 horas, pero estuvo en dicho **centro** entre las 12:54 y las 13:50 horas y entre las 11:57 y las 12:35 estuvieron en el **centro comercial** DIRECCION002 haciendo diversas compras. --- El día 5 de mayo obtuvo nuevo permiso para acudir al **centro** de salud sito en la CALLE000 en DIRECCION001, **Centro** DIRECCION004, y aportó justificante del **centro** conforme estuvo en el mismo de 11:45 a 12:15 horas, pero permaneció en el Corte Inglés de DIRECCION001 desde las 11:05 hasta las 11:52 y se fue de compras de nuevo a las 12:16 hasta las 13:30 horas cuando menos. De estas 3 faltas la empresa tuvo completo conocimiento el día 14 de mayo por el informe del detective remitido en esa fecha. --- Y en julio solicitó permiso para acudir al médico en el **Centro** DIRECCION004 de DIRECCION001 el día 6 de septiembre y luego aportó justificante de permanencia en dicho **centro** de 12 a 13:29 horas, pero abandonó su **centro** de trabajo en la Guardia a las 10:33 horas, se dirigió a su domicilio de donde salió a las 10:51 y se fue a DIRECCION001, accediendo al DIRECCION005 a las 11:54 hasta las 12:15 realizando varias compras para luego dirigirse a dicho **centro** de salud a donde llegó a las 12:17 permaneciendo en el mismo a las 13:20 horas. Por esta falta la empresa de detectives contratada por la sociedad demandada, le remitió informe el día 8 de septiembre. --- La actora fue objeto de las siguientes sanciones: Amonestación por escrito por falta leve el 21 de mayo de 2021 por descansos injustificados durante su jornada laboral los días 18 a 21 de mayo, sanción revocada por el Juzgado de lo Social número 2 mediante sentencia de fecha 18 de enero de 2022 dictada en el procedimiento número 502/2021. Sanción de 10 días de suspensión de empleo y sueldo por faltas muy grave y grave y reincidencia en falta leve el 29 de julio por desidia en el trabajo y falta de puntualidad, sanción revocada en parte por el Juzgado de lo Social número 2 Vigo mediante sentencia de fecha 27 de septiembre



de 2022 dictada en el procedimiento número 625/2021 que calificó la falta de grave permitiendo a la empresa sancionar a la trabajadora por tal clase de falta. Nueva amonestación por escrito el día 18 de junio por falta leve por no acudir a trabajar el día 9 de junio y no presentar justificante, aunque la falta era justificada y 3 días de suspensión de empleo y sueldo por falta grave el día 25 de junio por defectos de vestimenta en el trabajo, sanciones que, impugnadas, sanciones que fueron dejadas sin efecto por el Juzgado de lo Social número 5 mediante sentencia de fecha 29 de junio de 2022 dictada en el procedimiento número 530/2021.- Sexto.- La actora, que es socia de la empresa junto con su madre y 2 hermanas y posee el 16'666% del capital social, aparte de la reclamación de la jornada del 50% por guarda legal ya mencionada en el hecho segundo, presentó las siguientes demandas frente a la empresa: --- Por vacaciones, turnada al Juzgado de lo Social número 3 con el número 597/2022, dictando sentencia en fecha 18 de julio de 2019 estimando la demanda en parte. --- Por cantidades, turnada al Juzgado de lo Social número 6 con el número 484/2019, dictando sentencia el día 4 de junio de 2021 estimando la demanda. --- El día 30 de junio de 2021 la actora solicitó una reducción de jornada del 99%, denegada por la empresa el día 6 de julio y, presentada demanda, le fue desestimada por el Juzgado de lo Social número 5 mediante sentencia de fecha 28 de junio de 2022 dictada en el procedimiento número 531/2022.- Séptimo.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 13 de octubre de 2021, la misma tuvo lugar el día 3 de noviembre con el resultado de sin avenencia.- Octavo.- La demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores."

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

"Que estimando en parte la demanda interpuesta por D^a. María Antonieta, debo declarar y declaro nulo el despido de que fue objeto la misma con fecha 27 de septiembre de 2021 por parte de la empresa **Ferretería Coballes, S.L.**, a la que condeno a que de forma inmediata readmita a la actora en su puesto y condiciones de trabajo y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda, de las que absuelvo a dicha sociedad, acogiendo la falta de legitimación pasiva de D^a. Bárbara, a la que absuelvo."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por **FERRETERIA COBALLES SL** formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la parte demandante.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 27 de marzo de 2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora, Dña. María Antonieta presenta demanda contra las codemandadas solicitando que se dicte sentencia *"pola que se declare a nulidade do despedimento de que foi obxecto a actora, condenando ás demandadas a que readmitan de forma inmediata, con abono dos salarios de tramitación que correspondan, e ao abono, solidariamente, da indemnización de danos e prexuízos pedida"*.

La sentencia de instancia comienza a analizar la petición de despido nulo por vulneración de garantía de indemnidad, para rechazar la misma señalando que lo que se considera acreditado es que entre las partes implicadas existe una mala relación familiar y personal que no debe llevar a nulidad del despido por esta causa ya que el mismo se fundamenta en hechos reales como resulta del informe del detective privado aportado. Considera, no obstante, que el despido ha de considerarse nulo. Para ello argumenta que a la actora se le imputan cuatro infracciones, de las cuales las tres primeras están prescritas y la tercera es de escasa entidad como para justificar un despido; y no declarándose procedente el despido ha de ser declarado nulo porque la trabajadora disfrutaba de una reducción de jornada por guarda legal del 50% por cuidado de hijo. Estima la falta de legitimación pasiva alegada respecto a la persona física demandada. En consecuencia estima parcialmente la demanda, declara la nulidad del despido y condena a la empresa **FERRETERIA COBALLES S.L** a readmitir a la actora en su puesto y condiciones de trabajo, y que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, desestimando el resto de las pretensiones deducidas en demanda, y absolviendo a Dña. Bárbara.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la empresa demandada y formula recurso de suplicación en el que solicita que, previa estimación del mismo, se dicte sentencia revocando la de instancia y en su lugar: *" Con carácter principal, y previa estimación de los motivos primero, segundo y tercero del presente Recurso, declare la procedencia del despido disciplinario de la actora. Subsidiariamente, declare la improcedencia del despido de la actora, con las consecuencias propias de tal declaración"*.

El recurso ha sido impugnado por la parte actora, quien solicita su desestimación con condena en costas de la recurrente.



SEGUNDO.- La recurrente, sin discutir el relato de hechos probados, formula todos sus motivos de recurso al amparo del art. 193 c) de la LRJS dedicado al examen de las infracciones de las normas sustantivas y de la jurisprudencia.

En el primero de los motivos alega la infracción de los artículos 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores y 108.2.b) de la LRJS. En el mismo lo que discute es la conclusión que alcanza la sentencia de instancia en relación con la naturaleza de la reducción de jornada de la que disfrutaba la actora. Señala que la sentencia indica que tiene una reducción de jornada por guardia legal ex art. 37.6 del ET cuando no se así ya que solicitó una reducción por cuidado de menor por enfermedad grave y lo acordado en conciliación es una reducción de jornada de mutuo acuerdo, y que ello se ve corroborado por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, autos 531/2021 en el que se rechaza la petición de la recurrente respecto a la reducción de jornada por cuidado de hijo afecto a enfermedad grave.

La demandante se opone señalando que no es eso lo que se concluye del hecho probado segundo de la sentencia de instancia, no discutido por la recurrente; que la actora disfrutó de una reducción de jornada del 99% por enfermedad grave de su hijo desde el año 2014, por pacto con la empresa; que discutida la concreción horaria se presenta demandada que recae ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo en donde se llega a un acuerdo entre la partes fijándose una reducción del 50% con horario de lunes a viernes de 9:15 a 13:15, sin que en el mismo se discutiese el derecho a la reducción de jornada que ya estaba reconocido por acuerdo entre las mismas. Y lo discutido ante el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo fue la ampliación de nuevo al 99% siendo ésta la pretensión desestimada, pero no el derecho al goce de la reducción de jornada.

El motivo no se va a estimar puesto que como señala la impugnante la redacción del hecho probado segundo de la sentencia de instancia no ha sido discutido y del mismo se desprende, de forma clara y tajante, que la recurrente disfruta de una reducción de jornada vinculada con el ejercicio de un derecho de conciliación a la vida personal, laboral y familiar. Como se desprende del referido hecho probado existió un pacto entre las partes para que la actora disfrutase de una reducción de jornada del 99% en atención a la discapacidad de su hijo nacido en el año 2014; posteriormente existe un acuerdo alcanzado en conciliación judicial ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo en autos 847/2017 en el que se fija esa reducción de jornada por guarda legal y concreción horaria que la parte recurrente pretende privar de eficacia señalando que no era por guardia legal, pero tal argumentación no es factible ya que: a) se adopta en el seno de un proceso del art. 139 de la LRJS por lo que ha de estar enmarcado dentro del objeto litigioso de esa modalidad procesal, sin que las partes, en ningún momento señalen de forma expresa que el acuerdo alcanzado nada tenga que ver con el ejercicio de un derecho de conciliación de la vida personal, laboral y familiar de la demandante; b) el acuerdo que se alcanza bajo estas condiciones tiene efecto de cosa juzgada por lo que vincula a todas las partes sin que ahora pueda la recurrente venir a discutir en el actual proceso de despido la naturaleza de la reducción de jornada disfrutada por la trabajadora; c) en relación con la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo -cuyo íntegro contenido no se recoge en hechos probados- lo que se desprende del hecho probado sexto de la sentencia de instancia es una discusión relativa a la ampliación de jornada, y la vuelta a la ampliación de la reducción del 99%, pero en todo caso no puede dejar sin efecto la naturaleza del derecho a la reducción de jornada en un 50% del que ya viene disfrutando la actora en virtud, primero de pacto entre las partes, y después por lo acordado en conciliación judicial firme.

Por lo tanto, este motivo se desestima

TERCERO.- A continuación la recurrente construye un segundo motivo de recurso en el que formula la denuncia de infracción del 60 del Estatuto de los Trabajadores en lo que se refiere a la prescripción larga. En esencia lo que alega la recurrente es que no se pueden considerar prescritas las tres primeras infracciones ya que las cuatro, en su conjunto, forman parte de un todo, no habiendo transcurrido entre las tres primeras y la última de ellas el plazo de prescripción larga de seis meses, aplicando por el contrario la sentencia el plazo corto de prescripción de 60 días. Señala que han de considerarse en conjunto puesto que se tratan de hechos clandestinos u ocultos, son homogéneos al corresponderse con el mismo tipo de infracción y existe una unidad de propósito. Señala que en el presente procedimiento podrían fijarse dos fechas: el 14 de mayo de 2021 que es cuando la empresa recibe el primer informe de seguimiento de la agencia de detectives, en relación a las faltas del 20 y 22 de abril, y el 5 de mayo de 2021, y por otro lado el 8 de septiembre de 2021, que es la fecha en la que la empresa recibe el informe completo de la agencia de detectives de las cuatro faltas, y que al haberse ejecutado el despido el 27 de septiembre, se hace dentro del plazo de prescripción de seis meses.

La demandante se opone señalando que la recurrente pretende sustituir las faltas continuadas por las faltas permanentes siendo correcta la conclusión del Juzgador al considerar que no se pueden acumular las faltas de abril y mayo con las de septiembre, estando prescritas las de mayo y abril, y que se ha roto, de esa forma, continuidad.



Para resolver la cuestión ha de tenerse en cuenta que el art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que las faltas muy graves prescriben " a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tiene conocimiento de su comisión, y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido".

Sin embargo la jurisprudencia interpretativa de dicho precepto, ha sido matizada, en lo que se refiere al inicio del cómputo del plazo prescriptivo, en el caso de las faltas continuadas y en el caso de las faltas ocultadas por el propio trabajador justificándose las mismas en las que de no realizar tal interpretación matizada la aplicación literal del art. 60.2 ET haría imposible la persecución de tales faltas.

Para el caso de las faltas continuadas, que han de conceptuarse como aquéllas que responden a una conducta que se prolonga en el tiempo a través de una pluralidad de hechos consecutivos dotados de unidad de propósito que corresponden al mismo tipo de infracción», la jurisprudencia señala que el plazo de los seis meses no comienza a contar hasta el momento en el que se cometió la última falta «pues es a partir de ese último hecho cuando cesa esa conducta continuada que debe ser apreciada de forma conjunta a efectos de su sanción», bien sea por abandono voluntario de dicha conducta, bien por la investigación de tal conducta llevada a cabo por el empresario

Y en el caso de faltas ocultas la jurisprudencia señala el inicio del cómputo del plazo de prescripción, tanto la larga de los seis meses, como la corta de los 60 días, ha de fijarse en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos que son objeto de falta y por lo tanto van a ser sancionados (STS de 15 de abril de 1994, entre otras); doctrina que se ha venido entendiendo aplicable a supuestos en los que la actitud de ocultación del trabajador ha impedido conocer su conducta o su alcance hasta momento ulterior al de los propios hechos o cuando la autoría de los mismos no ha sido claramente establecida o se encuentra pendiente de la realización de pruebas periciales o incluso de actuaciones penales o informes de investigación, cuya realización material exige un tiempo.

Doctrina que se mantiene entre las más recientes sentencia del TS entre las cuales pueden citarse la STS de 26 de abril de 2022, rec. 1274/2020 que señala:

El examen de si concurre el presupuesto procesal de contradicción requiere abordar la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo de la prescripción de las faltas muy graves. El art. 60.2 del ET establece que las faltas muy graves prescribirán "a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido".

2.- Las sentencias del TS de 27 de noviembre de 2019, recurso 430/2018 y 13 de octubre de 2021, recurso 4141/2018 , compendian la doctrina jurisprudencial sobre la materia:

"a).- En los supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 ET no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos.

b).- Se ha de entender que ese conocimiento cabal y exacto lo tiene o adquiere la empresa, cuando el mismo llega a un órgano de la misma dotado de facultades sancionadoras.

c).- En los supuestos en los actos transgresores de la buena fe contractual se cometen por el trabajador de modo fraudulento o con ocultación, eludiendo los posibles controles del empresario, debe tenerse en cuenta que tal ocultación no requiere ineludiblemente actos positivos, basta para que no empiece a computarse la prescripción, que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, el estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el cómputo de la prescripción.

d).- El conocimiento empresarial tiene que ser un conocimiento efectivo, real y cierto, no siendo aceptable sustituir ese conocimiento real y cierto por la mera posibilidad de haber tenido la empresa noticia de los hechos acontecidos, sin que ese conocimiento hubiese tenido lugar. El mero hecho de efectuar en la contabilidad de la empresa los oportunos asientos contables, aunque tal contabilidad se lleve informáticamente y aunque se realicen los pertinentes arqueos diarios, no supone de ningún modo que en la realidad de las cosas la empresa haya tomado noticia y conocimiento de la falta o faltas cometidas".

Pues bien, aplicando tal doctrina al caso de autos entendemos, con el Juez a quo, que no se puede hablar de continuidad entre las tres primeras infracciones, que sí fueron próximas el tiempo al haberse cometido en un periodo de 16 días (20 y 22 de abril y 5 de mayo), pero no respecto de la cuarta ya que entre el 5 de mayo de 2021 y el 6 de septiembre de 2021 transcurren más de 4 meses. Es de especial relevancia en esta cuestión



que la empresa tuvo completo y cabal conocimiento de esas tres primeras infracciones el día 14 de mayo de 2021, momento a partir del cual pudo haber ejercitado el poder sancionador; estamos hablando de sanciones, por lo que la interpretación respecto al ejercicio de dicho poder empresarial ha de ser estricta sin que puede admitirse el argumento de la recurrente de que con la comisión de la cuarta falta por parte de la trabajadora "reviva" la posibilidad de sancionar por la empresa las anteriores cuando dicho poder no fue ejercitado en el plazo legal de los 60 días cuando podía haberlo hecho perfectamente. En este punto debemos también de discrepar de las manifestaciones de la recurrente que no se ven corroboradas por el no discutido relato judicial ya que a diferencia de la recurrente, que señala que el día 8 de septiembre de 2021 la empresa recibe el informe completo de la agencia de detectives de las cuatro faltas, lo que se recoge en el relato judicial (hecho probado quinto) es que el 8 de septiembre de 2021 la agencia de detectives le remite el informe por "esta falta", esto es, la del 6 de septiembre de 2021.

Por lo tanto, no se admite continuidad entre todas las infracciones, la empresa pudo haber sancionado las tres primeras desde el día 14 de mayo y no lo hizo, dejando transcurrir el plazo legal de 60 días; solo la cuarta infracción, cometida el día 6 de septiembre de 2021 no está prescrita.

Se rechaza igualmente este motivo de recurso

CUARTO.- En el último motivo de recurso, también con amparo en el art. 193 c) de la LRJS la recurrente alega la infracción del 54.2 del ET señalando que la actora ha incurrido de la causa de despido invocada y señalada en la carta de despido en atención a las conductas que se le imputan, incidiendo fundamentalmente en lo ocurrido en el 20 de abril de 2021 respecto del cual señala que no solo incumplió sus obligaciones básicas de acudir a su puesto de trabajo, sino que además presentó un justificante falso. Hace igualmente referencia a la existencia de otras múltiples sanciones. La actora impugna el motivo señalando que al estar prescritas las tres primeras solo puede estarse a la del 6 de septiembre que no tiene la gravedad suficiente como para ser constitutiva de un despido disciplinario; realiza alegaciones al resto de las infracciones imputadas señalando que no existen los incumplimientos señalados.

El art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores recoge que "1. *El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*

2. *Se considerarán incumplimientos contractuales: (...) d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo"*

El debate litigioso se centra, en esencia, en si las conductas imputadas a la trabajadora son constitutivas de una infracción muy grave y por lo tanto merecedora de la máxima sanción de despido, y ello porque la recurrente entiende que ello es así y el despido ha de ser considerado procedente, argumento no acogido por la sentencia de instancia que declara que no concurre tal gravedad, pronunciamiento con el que la impugnante está de acuerdo.

En lo que afecta a la aplicación de la doctrina gradualista esta Sala de Suplicación se pronunciado de forma reiterada, y para ello siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 3 de febrero de 2005 rec. núm. 5981/2004, 17 de marzo de 2009, rec 205/2009, 30 de septiembre de 2008, rec 3592/2008) que establece que las infracciones que tipifica el artículo 54.2 ET, (y las correlativas en los preceptos convencionales) para erigirse en causas que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción. Por ello, la actuación de las partes ha de ser enjuiciada a la luz de los principios de individualización (ha de estarse a las peculiaridades de cada caso sometido a decisión, con sus específicos elementos, entre los cuales cobra especial relieve el factor personal y humano) y de proporcionalidad (ha de establecerse un criterio gradualista para que exista la adecuada coherencia entre las conductas enjuiciadas, la sanción y las personas afectadas). Con arreglo a todo ello, es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido que es también, la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo. La postura de esta Sala supone seguir las pautas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que puede condenarse, según la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 2233/2003) entre otras muchas que "el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (sentencias de 19 y 28 febrero abril y 18 de mayo de 1990, 16 mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992, entre otras)".



Ahora bien si en atención a tales pautas, la conducta imputada ha sido probada y ha sido subsumida correctamente en la infracción tipificada no es factible que el órgano judicial modere la sanción impuesta. Es potestad de los Tribunales enjuiciar si la conducta está bien calificada (si es falta leve, grave o muy grave), pero una vez que la calificación de la conducta es correcta es facultad del empresario, como apunta la impugnante, elegir la sanción dentro de las convencionalmente posibles.

Pues bien, aplicando tales pautas entendemos que la sentencia de instancia resuelve de forma ajustada a derecho. Y así como antes indicamos solo se puede tener en consideración la conducta relativa al 6 de septiembre de 2021 ya que el resto estaban prescritas; y respecto a la del día 6 de septiembre no concurre la gravedad y culpabilidad exigible para ser sancionada con un despido.

Como indica el Juzgador ese día 6 de septiembre de 2021, la trabajadora con permiso de la empresa salió de su trabajo a las 10:33 horas, y se fue a su casa, se supone que a cambiarse y a coger lo necesario, incluido el coche, para irse a DIRECCION001. Salió de DIRECCION003 a las 10:51 horas y llegó a DIRECCION001 a las 11:54. Se fue al DIRECCION005 a esa hora y salió a las 12:15 para acudir al **centro** médico al que llega a las 12:17 y en donde permanece hasta las 13:20 horas; como su jornada remata las 13:15 ya no puede volver. El justificante del SERGAS señala que permaneció en el **centro** médico de 12 a las 13:29 horas. Como señala la sentencia la irregularidad en este caso es respecto a la hora de entrada (12:00H en vez de 12:17H) que el Juzgador considera atribuible a que se le certifica desde la hora prevista de consulta, no siendo finalmente ésta por poder obedecer a un retraso en las consultas que justificaría que estuviera esos minutos en un **centro comercial** próximo para acudir a la consulta a su hora. Añade además el Juzgador que existiendo justificación para ir desde DIRECCION003 hasta DIRECCION001, aprovechar 23 minutos para comprar algo en un **centro comercial** no parece causa de despido, máxime cuando no se puede pretender que en un trayecto de una hora se ajuste el tiempo hasta el punto de arriesgarse a llegar tarde a una cita médica. Argumentos que la Sala comparte en su integridad.

A la vista de esto no podemos concluir que esta conducta sea lo suficientemente grave y culpable como para aparejar un despido; a tal efecto tampoco se puede considerar el episodio de 20 de abril de 2021 por estar prescrito, ni la sanción del 29 de julio de 2021, así como las otras recogidas en el hecho probado quinto, al no ser firmes a la fecha del despido y en su mayor parte por haber sido revocadas.

QUINTO.- En base a todo lo argumentado procede la desestimación del recurso interpuesto con condena en costas a la recurrente (art. 235.1 de la LRJS) que se fijan en un total de 750 € para los honorarios del Letrado impugnante del recurso.

Asimismo se decreta, una vez que firme la presente resolución, tanto la pérdida del depósito constituido para recurrir (art. 229 en relación con el art. 203 LRJS), como de la consignación que ha efectuado a la cual se le dará el destino legal oportuno (art. 230 en relación con el art. 204 de la LRJS).

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Alejandro Gil Murillo, actuando en nombre y representación de la empresa **FERRETERIA COBALLES S.L.** contra la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil veintitrés, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo en autos 767/2021 sobre despido con vulneración de derechos fundamentales, seguidos a instancia de DÑA. María Antonieta contra la empresa recurrente y contra DÑA. Bárbara, con intervención del Ministerio Fiscal, debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la sentencia de instancia.

Se impone a la recurrente el abono de las costas procesales causadas que se fijan en 750 € para los honorarios del Letrado impugnante del recurso.

Asimismo se decreta, una vez que firme la presente resolución, tanto la pérdida del depósito constituido para recurrir como de la consignación que efectuada para recurrir a la cual se le dará el destino legal oportuno.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:



- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, únase para su constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal, quedando incorporada informáticamente al procedimiento, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ