



Roj: **STSJ GAL 6509/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:6509**

Id Cendoj: **15030340012017104633**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2017**

Nº de Recurso: **2969/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15078 44 4 2016 0001264

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002969 /2017-CON

Procedimiento origen: **DESPIDO**/CESES EN GENERAL 0000437 /2016

Sobre: **DESPIDO** DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Marí Jose

ABOGADO/A: MANUEL LOPEZ NUÑEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, FRUTAS RIAS BAIXAS, S.L. , TOMATE MAS FRUTA SL , Emma

ABOGADO/A: LETRADO DE FOGASA, MARIA ELENA TEIXEIRA BARCALA

PROCURADOR: ALEJANDRO REYES PAZ

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA SRA.Dª ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMO SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA SRA Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a trece de octubre de dos mil diecisiete.

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 SUPPLICACION 0002969/2017, formalizado por el/la D/Dª Letrado D. Manuel López Núñez, en nombre y representación de Marí Jose , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento **DESPIDO**/CESES EN GENERAL 0000437/2016, seguidos a instancia de Marí Jose frente a FOGASA, FRUTAS RIAS BAIXAS, S.L., TOMATE MAS FRUTA SL, Emma , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Marí Jose presentó demanda contra FOGASA, FRUTAS RIAS BAIXAS, S.L., TOMATE MAS FRUTA SL, Emma , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis .

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

PRIMERO .- La actora Marí Jose ha venido trabajando por cuenta de la demandada Tomate Más Fruta S.L desde el 8 de febrero de 2007, con la categoría de auxiliar de dependiente, percibiendo un salario de 1.311,50 euros mensuales, incluido el prorrateo de pagas extras./ **SEGUNDO** .- La relación laboral se inicia en virtud de una sucesión de contratos el 08/02/2007 con la entidad FRUTAS RIAS BAIXAS SL hasta fecha 25/10/2011, siendo dada de alta en la seguridad social el día 26 de octubre de 2011 por D Emma hasta el 31/01/2012, permaneciendo desde el 01/02/2012 de alta para la entidad TOMATE MAS FRUTA SL siendo baja en la seguridad social el 13/05/2016 tras serle notificado el **despido**./ **TERCERO** .- La actora cursó baja por accidente laboral desde el 17 de agosto de 2015 hasta el 23 de octubre de 2015 en el que se le dio el alta. Pese a ello, no se presentó en el centro de trabajo hasta el día 26 de octubre de 2015 para presentar el parte relativa al alta médica y verbalmente se le requirió para se incorporara a su puesto de trabajo a lo que se negó./ **CUARTO** .- El día 27 de octubre de 2015 se le requirió de nuevo para que se incorporara a su puesto de trabajo, entregándole esta vez escrito, con apercibimiento de que si no lo hacía se le daba a entender a la empresa que renunciaba a su puesto de trabajo y ante la negativa de la trabajadora a firmar dicho escrito, firmaron dos compañeras de trabajo a instancia de la empresaria en calidad de testigos. Frente a dicho requerimiento la actora presentó demanda por **despido** tácito que dio lugar a los autos de **despido** 875/15 seguido ante el Juzgado de lo Social núm. dos de esta localidad, en el cual ha recaído sentencia desestimatoria en fecha 26 de septiembre de 2016 incorporada a los autos./ **QUINTO** .- Las labores de la demandante, al igual que sus compañeras eran las de reponer fruta, atender la caja y el público, limpiar, labores de almacén, pero tras la última incorporación a su trabajo el día 27 de octubre por la tarde, desatendía sus cometidos profesionales, bien haciendo caso omiso a las indicaciones de la empresaria o no haciendo las cosas que la misma le encomendaba./ **SEXTO** - En fecha 5 de noviembre de 2011 cursa nueva baja por ansiedad en la que se mantiene hasta el día 4 de enero de 2016, sin que la actora se hubiese incorporado a su puesto de trabajo, presentando nuevo parte de baja el día 8 de enero de 2016, situación en la que se mantuvo hasta el día 12 de abril de 2016 en que se emitió parte de alta. Pese a ello, nuevamente no se incorpora al día siguiente a su puesto de trabajo haciéndolo el 15 de abril de 2016 a las 18,00 horas./ **SÉPTIMO** .- El día 16 de abril de 2016 por la empresaria le notifica sanción por falta grave por inasistencia al trabajo de forma injustificada de dos a cuatro días, imponiéndole una sanción de suspensión de empleo y sueldo durante 10 días, señalando como días de incumplimiento del día 16 de abril de 2016 al 26 de abril de 2016. Ese mismo día igualmente la empresaria presentó denuncia contra la trabajadora por amenazas por un incidente ocurrido en el centro de trabajo, al que acudió la Guardia Civil a instancia de la empresaria./ **OCTAVO** .- La actora accionó contra dicha sanción dando lugar a los autos núm. 374/16, seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. dos de esta localidad, desconociéndose el estado de los autos, pese a lo cual la actora cumplió la sanción impuesta./ **NOVENO** .- El mismo día 16 de abril de 2016 la actora presentó escrito solicitando las vacaciones no disfrutadas del año 2015 durante los días 28 de abril de 2016 al 12 de mayo de 2016 y las del año 2016 del 1 de junio al 15 de junio de 2016. El día 27 de abril de 2016 se le notificó por la empresa a medio de burofax la concesión de las vacaciones no disfrutadas del 2015 en las fechas indicadas, sin hacer alusión alguna a las del año 2016. La trabajadora ya había hecho otra solicitud de vacaciones en fecha 5 de enero de 2016, pero no se llevó a efecto por cuanto antes de la contestación de la empresa presentó el nuevo parte de baja de fecha 8 de enero de 2016 al que antes se ha hecho referencia./ **DÉCIMO** .- Durante los pocos días que trabajó desde el día 16 de abril de 2016 desatendió en numerosas ocasiones los requerimientos de la empresaria, mostrando un



total desinterés por su trabajo, incumpliendo los deberes de su cargo./ **UNDECIMO** . Con fecha 13 de mayo de 2016 se le entrega carta de **despido** disciplinario cuyo contenido se da por reproducido en aras a la brevedad, entregándole copia de nómina, con abono de salario pendiente, finiquito y parte no disfrutada de vacaciones, abonadas a medio de transferencia de la misma fecha. Se acreditan las causas alegadas./ **DUODECIMO** . - No se acredita la existencia de grupo de empresas a efectos laborales entre Frutas Rias Baixas S.L. y Tomate más Frutas S. L, ni Emma . Se acredita la existencia de una subrogación empresarial de los derechos de la trabajadora reconocidos por Emma a la entidad Tomate más Fruta S.L./ **DÉCIMOTERCERO** . - Asimismo ha quedado acreditado que el día 11/02/2016 la actora interpuso una denuncia ante la Inspección Provincial de trabajo y Seguridad Social, por la presunta existencia de fraude en las contrataciones por las aquí demandadas, en que citadas las empresas, y examinando toda la documentación obrante en la TGSS y registros mercantiles, y finaliza sin adopción de medida alguna toda vez que existen varias demandas judiciales de la trabajadora con diversas materias coincidentes con las actuaciones inspectoras solicitadas y no se tramitaran denuncias que coincidan con asuntos de los que está conociendo un órgano jurisdiccional cuyo pronunciamiento pueda coincidir con el resultado de la actuación inspectora./ **DECIMOCUARTO** . -Igualmente el 29 de marzo de 2016 la empresa le notifica a la actora carta de sanción por no haber entregado partes de confirmación nº 4 de fecha 22 de febrero de 2016 con sanción de suspensión de empleo y sueldo de 10 días. La actora interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC en fecha 04/04/2016, el cual tuvo lugar el 21/04/2016, finalizando con acuerdo entre las partes dejando la empresa sin efecto la sanción impuesta./ **DÉCIMOQUINTO** . - El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical./ **DECIMOSEXTO** . - Es de aplicación el Convenio Colectivo del comercio de alimentación de A Coruña./ **DECIMOSEPTIMO** . - Con fecha 27 de mayo de 2016 se celebró acto de conciliación previa ante el SMAC, con el resultado de intentado sin efecto.

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

Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Da. Marí Jose , asistida por el Letrado D. Manuel López Núñez contras las entidades Frutas Rias Baixas S.L, en rebeldía procesal, D a Emma y la entidad Tomate más Fruta S.L, ambas asistidas de la letrada D Elena Teixeira Barcala, y contra el Fondo de Garantía Salarial, asistido del letrado D. Alejandro Crespín Rodríguez, con intervención del Ministerio Fiscal y en consecuencia, debo declarar y declaro la procedencia del **despido** disciplinario efectuado a la actora, absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones contra las mismas ejercitadas.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Marí Jose formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 5 de julio de 2017.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 13 de octubre de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia desestima la demanda por entender que la sanción de **despido** es proporcionada a los incumplimientos contractuales de la actora y por lo mismo el **despido** es procedente.

Frente a ella la demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 193 b) de la Ley de la Jurisdicción Social pretende la revisión de los hechos declarado probados y en concreto: A) del hecho tercero para que se suprima la expresión de "y verbalmente se le requirió para se reincorporara a su puesto de trabajo a lo que se negó", y que se ADICIONE lo siguiente: "ese mismo día la empresa, el día 23 de octubre de 2015, le entregó a la actora un certificado de empresa en donde constan los datos de la empresa y del trabajador y los datos laborales de cotización de los últimos 230 días, con alta en la empresa de 1/12/2013 y baja en la misma por **despido** del trabajador el 23/10/2015, y así mismo, una hoja de salarios del 1 al 23 de octubre de 2015, incluyendo un concepto de indemnización **despido** con importe de 2.765.08 €....".

La revisión no prospera, primero porque la supresión no se apoya en prueba alguna y segundo porque la adición propuesta ya ha sido valorada por la sentencia del este Tribunal de 16-3-2017 , que es firme y desestimó la existencia del **despido** tácito.

B) respecto del HECHO PROBADO CUARTO que se adicione, el siguiente texto: "dicha sentencia no es firme al haber sido recurrida en suplicación, recurso de suplicación 0005395/2016 de la sala de lo social del TSJ de Galicia".

Que tampoco procede por lo ya expuesto.



C) para el HECHO PROBADO SEXTO pretende añadir que "...debido a que ese fue el horario de entrada que la empresa le impuso para las tardes de martes a sábado".

Y se basa en los folios 230 a 233, en los que constan unos horarios de los que no consta ni firma ni membrete alguno de la empresa desconociéndose su autoría, por lo que no son prueba documental hábil para revisar.

D) Con el mismo amparo procesal, se pretende la adición al hecho probado séptimo del siguiente texto: "y debido a la denuncia formulada por la empresaria se siguieron diligencias sobre DELITOS LEVES 1.131/2016, ante el Juzgado de Instrucción 1 de Santiago, dictándose sentencia absolutoria en fecha 12 de diciembre de 2016, por la que se absuelve a la trabajadora del delito leve de amenazas denunciado por Doña Emma. Y con anterioridad, y concretamente el 29 de marzo de 2016 la empresa mediante burofax impuso a la trabajadora una sanción grave con suspensión de empleo y sueldo de 10 días, la cual fue impugnada y en acta de conciliación de 21 de abril de 2016, expediente NUM000, la empresa se aviene y deja sin efecto la sanción propuesta".

Tal pretensión se basa en la denuncia formulada el día 16 de abril de 2016, y que obra unida a las actuaciones a los folios 201 a 206 de autos, y la sentencia que se aporta con el presente Recurso a tenor de lo dispuesto en el art.233 de la LRJS, toda vez que a la fecha del juicio, 8 de septiembre de 2016 (folio 89), no se había celebrado el juicio penal y lógicamente no se había dictado la sentencia; y por lo mismo se admite

En cambio no admitimos el burofax en que se notifica la sanción porque consta en el hecho probado 14.

E) Con respecto del hecho probado OCTAVO interesa añadir el siguiente contenido "La demanda de la actora ha sido admitida según DECRETO de 16 de mayo de 2016 del Juzgado Social Dos y está pendiente de señalamiento".

Que no admitimos por intrascendente para la resolución de fondo.

F) y por último se pretende la SUPRESION DEL HECHO PROBADO DECIMO que dice: Durante los pocos días que trabajó desde el día 16 de abril de 2016 desatendió en numerosas ocasiones los requerimientos de la empresaria, mostrando un total desinterés por su trabajo, incumpliendo los deberes de su cargo.

Así como del párrafo final del hecho probado quinto, relativo a la desatención, dicho hecho probado señala que: Las labores de la demandante, al igual que sus compañeras eran las de reponer fruta, atender la caja y el público, limpiar, labores de almacén, pero tras la última incorporación a su trabajo el día 27 de octubre por la tarde, desatendía sus cometidos profesionales, bien haciendo caso omiso a las indicaciones de la empresaria o no haciendo las cosas que la misma le encomendaba.

Y ello porque entiende que no existe prueba alguna concreta de tal afirmación, a excepción de lo que se describe en la carta de **despido**.

No aceptamos la revisión -supresión- propuesta, en primer lugar porque a efectos revisorios es rechazable argumento el amparo negativo de prueba o insuficiencia de los instrumentos probatorios (SSTS de 15/01/90 Ar. 125, 31/05/90 Ar. 4524, 28/11/90 Ar. 8614, 26/09/95 Ar. 6894 y 26/03/96 Ar. 2495; SSTSJ Galicia -entre tantas otras- de 04/07/03 R. 3930/00, 08/03/04 R. 4356/01, 20/12/04 R. 3174/02, 08/04/05 R. 5021/02 y 13/05/05 R. 1604/05), así el Tribunal Supremo en sentencia de 18-7-2014 sigue manteniendo que "la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho en casación.

Lo que nos vale igualmente para el Recurso de suplicación.

SEGUNDO .- Como segundo motivo del recurso y al amparo del Art. art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que tiene por objeto el examen de la normativa aplicada en la Sentencia recurrida, se denuncia la infracción de los artículos 55.4 y 54.5 del Estatuto de los Trabajadores en demanda del **despido** nulo. Y se basa en la existencia de la voluntad de despedir de la empresa; en la postura sancionadora de la misma, toda vez que desde el 27 de octubre en que se reincorpora, y trabaja los días 27, 28, 29, 30, 2, 3 y 4 de noviembre del 2015, le provocan una situación de ansiedad que da lugar a su baja laboral por enfermedad común desde el día 5 de noviembre hasta el 4 de enero de 2016; que ha sido denunciada por amenazas al igual que su marido, alega la garantía de la indemnidad porque ha reclamado su categoría profesional de dependienta y antigüedad de 8-2- 2017.

La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. (...) Precisamente,



la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL (SSTC 38/1981, de 23/Noviembre ; 47/1985 ; 38/1986 ; 114/1989 ; 21/1992 ; 266/1993 ; 180/1994 ; 136/1996 ; 20/1997, de 6/Mayo ; 29/2002 ; 30/2002 ; 66/2002, de 21/Marzo F. 3, 4 y 5)

En los casos de alegada discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditada ésta de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba (SSTC 114/1989, de 22/Junio). Pero para que opere este desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» [207/2001, de 22/Octubre, F. 5] o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (STC 308/2000, de 18/Diciembre), (STC 4 1/2002, de 25/Febrero). Pero no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la no discriminación o la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, lo que le corresponde probar, sin que le baste el intentarlo [114/1989, de 22/Junio], es que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

Presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (SSTC 293/1993, de 18/Octubre ; 85/1995, de 6/Junio ; 82/1997, de 22/Abril ; 202/1997, de 25/Noviembre)

Este Tribunal en sentencia de 11-3-05 R. 534-05, recuerda a propósito de la denominada «garantía de indemnidad» que el Tribunal Constitucional - STC 198/2001, de 04/Octubre , que se remite a la STC 140/1999 (22/Julio) ; y al ATC 219/2001, de 18/Julio - que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 7/1993 , 14/1993 y 54/1995). Y al efecto se decía en STC 7/1 993 (18/Enero) que «si la causa del **despido** del trabajador hubiera sido realmente una reacción... por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula». Y como destacan esa misma Sentencia y otras posteriores -SSTC 7/1 993 , de 18/Enero; 14/1993, de 18/Enero ; 54/1995, de 24/Febrero ; 197/1998, de 13/Octubre , 140/1999, de 22/Julio ; 101/2000, de 10/Abril ; 196/2000, de 24/Julio ; y 199/2000, de 24/Julio -, la prohibición del **despido**... u otra medida empresarial, como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo «el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes». Asimismo, el **despido** o otra decisión patronal dirigida contra el empleado en estos casos supondría el desconocimiento del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2 g) ET , que configura como tal «el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo». E igualmente cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22/09/98 (TJCE 1998\207; Asunto C-1 85/1 997), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

En fin, señala el TC, la garantía de indemnidad insita en el art. 24.1 CE cubre no sólo el ejercicio de la acción judicial, sino también los actos preparatorios o previos a la misma, toda vez que, según doctrina igualmente consolidada, el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción, y en concreto, con la exigencia del agotamiento de la reclamación administrativa o de la conciliación previa, según proceda. Los mencionados actos previos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, pues, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho (por todas, las SSTC de 14/1993, de 18/Enero ; 140/1999, de 22/Julio ; y



168/1999, de 27/Septiembre). A lo que añadir -ya en el ámbito de la jurisdicción ordinaria- que para la doctrina unificada la tutela judicial efectiva excluye toda lesividad por el ejercicio de una acción ante los Tribunales (STS 22/09/00 Ar. 8213).

De todo lo expuesto la Sala entiende que los indicios existen, la actora ha interpuesto dos reclamaciones frente a sendas sanciones, hecho probados octavo y decimocuarto, así como la reclamación a la inspección de trabajo (HP 13), pero la empresa ha acreditado y ha tendido en cuenta hechos objetivos que motivaron el **despido**, por lo que el **despido** no es represalia frente a las reclamaciones de la empresa, sino consecuencia de una situación de hecho conflictiva entre las partes. Porque la actora alega la existencia de una baja por estrés laboral, pero no ha sido objeto de prueba, no hay hecho probado alguno de que las bajas laborales hayan sido como consecuencia del trabajo desarrollado, ni que haya sido objeto de acoso, vejaciones o cambio de puesto de trabajo, ya que no hay hecho probado alguno que recoja lo que han sido solo alegaciones de parte, por lo que el **despido** nulo por el que se acciona no puede ser estimado.

TERCERO .- Por último y con igual amparo procesal se denuncia la infracción del artículo 54.2, a), b) y d), del Estatuto de los Trabajadores y el art. 43 y 44 del Convenio Colectivo de Alimentación por indebida aplicación, así como los arts. 58 , 59 y 60 del Estatuto de los Trabajadores , por su no aplicación, y la Jurisprudencia relativa a tal normativa, que cita.

En interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET , sobre la determinación de los presupuestos del "incumplimiento grave y culpable del trabajador "fundado en la transgresión de la buena fe contractual, como motivo de **despido** disciplinario, se viene manteniendo que: A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual;

B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el **despido**, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe;

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo.

E) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la "gravedad" con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un **despido** disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de **despido**, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el **despido**, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el **despido** efectuado.

Por consiguiente, como destaca, entre otras muchas, la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 2233/2003), es doctrina de esta Sala la de 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 6 abril y 18 de mayo de 1990 , 16 mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992 , entre otras) ".

Y la Sala entiende que la denuncia debe ser admitida porque como hemos puesto de relieve hay hechos objetivos provocadores de sanción, pero no justifican la procedencia del **despido**, primero porque ni están descritos con claridad en la carta, ni en los hechos probados de la sentencia consta en que consistieron tanto la desobediencia, como la desatención o los malos modos; desconocemos lo que se ha llegado a probar en el acto del juicio, porque los imputados en la carta son inconcretos y sólo contiene imputaciones genéricas, y el **despido** tiene ser declarado improcedente.

En la carta cuyo contenido reproduce la sentencia recurrida se hace constar la existencia de ausencias al trabajo los días 13 y 14, alega hecho anterior en octubre del 2015, que estaría prescrito y la segunda el 5 de enero en que no entrega el parte de alta y lo hace el día 8, de lo que resulta que la ausencia es de un solo día, ya que el día 6 fue festivo y el día 8 aporta la nueva baja.

El día 16 de abril según la carta alega conductas violentas de la actora, como bloquearla el paso, que llamó al marido, que ya había acudido otras veces. Y que llamaron a la guardia civil, ante la que la actora les acusó de acoso; el día 15 se negó a cumplir las órdenes de Emma , y esta fue advertida por las compañeras para que se fuera porque venía el marido de la demandante. En octubre una compañera cuenta a Emma que la actora habla con clientas y se quejaba de que la trataban mal y que eran unos sinvergüenzas y que el 27 de abril su marido le dijo a Emma en la calle "guapa, me la vas a chupar". Esta ambigüedad en la descripción de hechos hace que por si solos no reflejen gravedad alguna.

La sentencia de instancia justifica el **despido** procedente por las ausencias los días 14 y 15 de abril por los que ya había sido sancionada y cumplida la sanción; los días de ausencia de octubre no pueden ser tenidos en cuenta por estar prescritos y los días de real ausencia solo fueron el 5 y 7 de enero, y según el convenio colectivo de aplicación, serian constitutivos de una falta grave (artículo 43.2 b) y 44 b), pero nunca justificarían la sanción de **despido**.

El resto de los motivos de la carta que la sentencia recurrida en la fundamentación jurídica considera acreditados (faltas de obediencia, desatención, malos modos, se ausentaba continuamente), entendemos que dada su inconcreción nos impide determinar la gravedad de la conducta de la actora, y tampoco pueden justificar el **despido** procedente, porque de ellos resulta la situación de conflictividad entre las partes, pero insistimos la carta describe generalidades y ante la ausencia en los hechos probados de datos concretos, de lo que se hubiera podido acreditar en juicio, impide confirmar el **despido** procedente, lo que nos lleva a la estimación parcial del Recurso de suplicación, en la petición de **despido** improcedente.

Y si bien las consecuencias del **despido** improcedente serían las del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , puesto que consta en autos la sentencia de este Tribunal de fecha 16-3-2017 en cuyo fallo declara extinguido el contrato de la actora con la empresa Tomate Mas Fruta SL, procede reconocer a la actora los salarios desde el **despido** de fecha 15-5- 2016 hasta dicha extinción el 16-3-2017, descontando los periodos de baja por incapacidad temporal. En consecuencia

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación formulado por D^a Marí Jose contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela de fecha 28-11-2016 , dictada en los autos de **despido** núm. 437-2016 seguidos a instancias de la recurrente, frente a la empresa Tomate Más Fruta S.L, D^a Emma , Frutas Rías Baixas S.L y el Fogasa, en consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, estimando en parte la demanda origen de autos, debemos declarar la improcedencia del **despido** llevado a cabo el día 15-5-2016, condenando a la empresa demandada al abono de los salarios dejados de percibir desde esta fecha hasta el 16-3-2017, descontando los periodos de baja por incapacidad temporal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

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 **** ++**).

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ