

RECURSO Nº: Suplicación / E\_Suplicación  
246/2016

SENTENCIA Nº: 412/2016

N.I.G. P.V. 01.02.4-15/001764

N.I.G. CGPJ 01059.34.4-2015/0001764

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO.**

En la Villa de Bilbao, a uno de marzo de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltnos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>  
„, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de los de Vitoria-Gasteiz, de fecha diecisiete de septiembre de dos mil quince, dictada en los autos núm. 412/15, seguidos a su instancia frente a  
„ y el „ sobre Despido (DSP).

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, que expresa el criterio de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1).- Dña. „ ha venido prestando sus servicios para la empresa „, con una antigüedad desde el 26 de noviembre de 2007, con la categoría profesional de oficiala mayor, y un salario bruto mensual de 1.293,79 €, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Todo ello en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo suscrito por las partes el 26 de noviembre de 2007, siendo entonces el centro de trabajo el ubicado en avenida de Gasteiz de Vitoria-Gasteiz y la categoría de la trabajadora la de oficiala de peluquería, vínculo contractual que se mantuvo hasta el 30 de septiembre de 2011. Siendo posteriormente contratada por desde el 3 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012. con la categoría de oficiala mayor. Entonces fue nuevamente contratada por en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo, siendo el centro de trabajo el situado en la calle Canciller de Ayala de Vitoria-Gasteiz

A la relación laboral de las partes resulta de aplicación el convenio colectivo de peluquerías, institutos y salones de belleza de Álava (BOTH A 28 de junio de 2006).

2).- El 4 de junio de 2015, la empresa comunica a la trabajadora que ha sido despedida por motivos disciplinarios y con fecha de efectos el 3 de junio de 2015, mediante la siguiente carta:

*Avenida Gasteiz  
Vitoria Gasteiz*

*En Vitoria, a 3 de junio de 2015.*

*Doña*

*Muy Sra. nuestra:*

*Por la presente le notificamos, que la Dirección de esta empresa, en atención a los incumplimientos contractuales y conductas que a continuación se le indican, ha resuelto proceder a extinguir la relación laboral por Despido disciplinario siendo la fecha de efectos del mismo, la de hoy, día 3 de junio de 2015.*

#### *I.- CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES.-*

*A través del presente documento, se procede a comunicar el despido, recogiendo en su contenido el detalle de los incumplimientos que motivan la máxima sanción, observando con ello la obligatoriedad de forma escrita y de detalle de los hechos imputados.*

*Al no existir representación legal de los trabajadores en la empresa, no es posible darles traslado de la presente comunicación de despido.*

*En fecha catorce de mayo de dos mil quince y recibido por usted el día dieciocho de mayo, se le remitió vía burofax un escrito en base a una política jurídicamente más garantista tomando en consideración el cargo de encargada de salón que ocupa en la mercantil y su antigüedad en la misma, en el mismo se le emplazaba a que nos clarificase*

*por escrito una serie de hechos que la empresa hasta ese momento desconocía y le emplazamos a abstenerse de acudir a su puesto de trabajo de manera cautelar mientras se realizaba una investigación exhaustiva de los hechos.*

*Usted nos respondió con un escrito fechado el día dieciocho de mayo del presente donde al margen de las explicaciones que menciona entiende que fue despedida recibiendo esta mercantil de manera sorpresiva citación a acto de conciliación por despido fechado para el día cuatro de junio de dos mil quince.*

*Tal suspensión cautelar de sus funciones con la finalidad de investigar los hechos de los que hemos tenido conocimiento comenzaría desde el momento de recepción del documento que se le envió vía burofax en su momento como fehacientemente consta en el mismo.*

## II.- INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES COMETIDOS.-

*Es necesario poner de manifiesto de manera sucinta los siguientes antecedentes:*

*Primero.- En el salón en el que presta usted sus servicios como encargada se averió una tubería provocando una fuga de agua en la zona de lava cabezas desde al menos fecha veinticinco de marzo del presente año. Ello obviamente provocó una pequeña inundación del salón, las trabajadoras del mismo diariamente secaban las zonas mojadas a fin de mantener un ambiente aceptable para el ejercicio de su profesión y para la imagen de la marca. Siendo usted la responsable del salón, no informó a sus superiores jerárquicos de esta situación.*

*En fecha nueve de abril de dos mil quince remitió usted un mail a la central comunicando textualmente "hola , tenemos fuga en un lava cabezas, saludos".*

*Entre el veinticinco de marzo y el nueve de abril transcurren dieciséis días durante los cuales no comunica de tal incidencia con el perjuicio que causa a la imagen de la marca comercial esta situación.*

*Segundo.- A finales de marzo de dos mil quince le fue enviado un e-mail en el que se le daba instrucciones referentes a la promoción del producto denominado "Potion 9" consistente en unas condiciones más ventajosas en la compra de dicho producto para nuestros clientes. Este e-mail fue enviado al correo electrónico del salón que usted gestiona y al cual usted tiene acceso, siguiendo el procedimiento habitual de comunicación entre la Central y las encargadas de salón.*

*Dicha promoción comenzó el uno de abril y se le explicó como colocar los elementos de comunicación correspondientes: colocación de un vinilo electrostático adherido en el escaparate.*

*El vinilo electrostático que debía colocarse fue enviado al salón y recibido por usted tal y como se puede comprobar en la firma del albarán de entrega. Esta promoción fue también comunicada a través del "NEWS LETTER" denominado "SALON NEWS"*

*que se recibe a principio de cada mes. Usted no procedió a la colocación de los elementos de comunicación correspondientes tal y como se le había indicado. En fecha diez de abril de dos mil quince, sus superiores jerárquicos al percatarse de dichos hechos procedieron a gestionar dichas promociones, tal y como reconoce usted expresamente en el escrito que nos remitió a fin de clarificar esta situación.*

*Tercero.- El día treinta de marzo del presente se le remitió un e-mail a la dirección de correo que tiene asignada en la empresa informándole de la recepción de un router wifi Free, a fin de que los clientes del salón dispongan de un servicio gratuito de conexión a internet.*

*Se le adjunta un Din A4 explicativo que debía estar expuesto en el salón informático a los clientes de los pasos a seguir para acceder a dicho servicio. Dicho mail nos consta como abierto y recibido por usted. Sin embargo no procedió a realizar dicha tarea.*

*En fecha diez de abril de dos mil quince sus superiores jerárquicos al percatarse de dichos hechos procedieron a instalar el router mencionado y exponer el Din 4 explicativo para informar a los clientes de su uso. En el escrito que nos remite clarificando este hecho nos alega que no dispone de impresora en el salón y que no dispone tampoco de memoria usb.*

*En ningún salón de belleza existe impresora salvo en la central de esta mercantil todas las managers (encargadas de salón) de todos nuestros centros utilizan asiduamente el USB que se les entrega a fin de poder realizar las gestiones propias de su puesto de trabajo, incluida usted debería pues tener el que se le entregó desde que se encuentra al frente del salón, en caso de pérdida o deterioro debería haber solicitado uno a central, hecho que no se produjo, entendemos en todo caso que es un hecho inexcusable no gestionar tal orden de la dirección amparándose en que no dispone de una memoria USB.*

*Asimismo tenemos constancia y conocimiento que, en innumerables ocasiones, ha acudido usted a una imprenta de confianza a imprimir y fotocopiar en su caso documentos de todo tipo en relación a sus funciones como encargada por lo que consideramos una vez más que mantiene una conducta de dejadez manifiesta por su parte.*

*Cuarto.- Esta empresa tiene una serie de seguidores vía redes sociales, los denominados Hair Lovers. De manera habitual y con el fin de fidelizar a nuestros clientes les ofrecemos la posibilidad a este colectivo de acceder a promociones exclusivas siguiendo con la tendencia del mercado. Se remitió un mail a todos los salones del país, incluido el salón donde realiza usted funciones como encarada con una promoción exclusiva para nuestros Hair Lovers. Dicha promoción duraría desde el día nueve de abril al once de abril de dos mil quince, ambos días incluidos. Tal promoción consistía en la exhibición en el salón de belleza de un documento tipo DIN A 4 que se adjuntaba en dicho mail. Usted no procedió a gestionar en el salón dicha promoción, sus superiores jerárquicos procedieron a exponer dicha promoción en el salón el día diez de abril ante su pasividad.*

*Respecto a la clarificación que nos transmite de este hecho en su escrito alegando que no dispone de memoria usb nos ratificamos en nuestro párrafo anterior.*

*Quinto.- Tenemos conocimiento que en fecha dieciséis de marzo de dos mil quince usted realizó un servicio a un cliente, el Sr. A dicha persona le realizó un corte de pelo y un tratamiento intensivo "peeling", no cobrando ningún importe por este servicio, no registrando esta visita en el sistema informático del salón tal y como debe realizarse con todos y cada uno de los clientes que se reciben en el salón.*

*No nos consta respecto a esta visita realizada ningún pago ni apunte informático en este sentido, ni en metálico ni por ningún medio bancario ni por su parte (tal como nos manifiesta) ni por parte del Sr.*

*En fecha uno de abril de dos mil quince usted realizó un servicio al mismo cliente, se le realizó un corte de pelo, un tratamiento intensivo "Peeling" y una venta de producto para el tratamiento capilar denominado "Trialkit SYS 2" cuyo importe asciende a 35,70 €. Usted abonó personalmente en su tarjeta tarjeta Visa el servicio a esta persona hecho de que por sí nos parece poco razonable, pero no abonó el tratamiento capilar.*

*En fecha ocho de mayo de dos mil quince al Sr. le realizó un servicio consistente en un corte de cabello y un tratamiento "peeling", usted abonó personalmente en metálico el corte de cabello pero no se abonó (ni por su parte ni por parte del cliente) el tratamiento capilar.*

*Sexto.- El día veintidós de mayo, estando usted suspendida cautelarmente de sus funciones, sobre las diez y treinta de la mañana, uno de los camareros del bar " el cual se encuentra cercano al salón de belleza entró al mismo, su compañera se acercó a atenderle y el mismo le entregó copia de las llaves del salón que previamente usted había dejado en el bar, ello conlleva un riesgo de seguridad manifiesto siendo esta circunstancia objeto de un potencial riesgo para el salón.*

### III.- TIPIFICACIÓN.-

*Primero.- El hecho de avisar de una fuga de agua en un salón de belleza para su reparación dieciséis días después de producirse entendemos se debe incardinar en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores como una transgresión de la buena fe contractual, materializada en una actuación negligente conculcando el deber de diligencia que mínimamente le es exigible como encargada.*

*Segundo.- El hecho segundo entendemos se debe incardinar en el artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores como una indisciplina o desobediencia grave en el desempeño de su labor materializado en un acto de desobediencia y dejadez consciente y querida de sus obligaciones.*

*Tercero.- El hecho tercero entendemos se debe incardinar en el artículo 54.2.b) del Estatuto de los trabajadores como una indisciplina o desobediencia grave en el desempeño de su labor materializado en un acto de desobediencia manifiesta de sus obligaciones como encargada.*

*Cuarto.- El hecho de no gestionar consencientemente una promoción a nuestros clientes "hair lovers", orden de la que tuvo pleno conocimiento y no cumplió, a tenor del escrito que nos remitió, lo incardinamos en el artículo 54.2.b) materializado en un acto de desobediencia e indisciplina grave.*

*Quinto.- El hecho de prestar un servicio en su horario laboral a una persona conocida suya en nuestras instalaciones consistente en un corte de pelo y un tratamiento del cuero cabelludo en fecha dieciséis de marzo de dos mil quince no cobrando nada por estos servicios entendemos que es una actuación irregular y una búsqueda de beneficios particular o de su entorno.*

*El hecho de prestar un servicio en fecha uno de abril a una persona conocida suya consistente en un corte de pelo, un tratamiento del cuero cabelludo y una venta de un producto cobrando únicamente el corte de pelo y la venta del producto y además abonándolo usted misma con su tarjeta Visa entendemos que es una actuación irregular y una búsqueda de beneficios particular o de su entorno.*

*El día ocho de mayo de dos mil quince ocurrieron hechos similares a los descritos en el punto quinto anterior.*

*Estas circunstancias consideramos se tratan de una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza de carácter grave que se incardina en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.*

*Sexto.- El hecho de entregar las llaves del salón al camarero de un bar a fin de que nos la entregue a nosotros sin nuestro conocimiento ni autorización y una vez habido sido usted suspendida en sus funciones conlleva un potencial riesgo de seguridad para el salón. Dicho hecho es una actuación manifiestamente negligente por su parte y una transgresión de la buena fe contractual que se incardina en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los trabajadores.*

*Todos estos hechos en su conjunto denotan una indisciplina o desobediencia grave en el desarrollo de sus funciones y una transgresión de la buena fe contractual grave, consciente y culpable.*

*No podemos olvidar que usted fue ya sancionada en fecha veintinueve de enero de dos mil quince por negligencia o descuido en el servicio, cuya licitud está pendiente de juicio fechado para el siete de julio de dos mil quince.*

#### IV.- EFECTOS DE LA DECISIÓN ADOPTADA.-

*La decisión extintiva de su relación laboral con esta empresa tiene efectos del día 3 de junio de 2015, causando baja por el motivo expuesto en la Seguridad Social, que se cursará en esta misma fecha. Al mismo tiempo, pasamos a informarle que dejamos a su disposición en la empresa, la documentación necesaria por esta parte para que pueda solicitar, en su caso y a su opción, la correspondiente prestación de desempleo.*

*Atentamente.*

3).- Dña. \_\_\_\_\_ fue sancionada el 29 de enero de 2015 por una falta de respeto y consideración a un cliente del artículo 39.9 del convenio colectivo de aplicación. Dicha sanción fue impugnada por la trabajadora.

La trabajadora presentó ante los juzgados de lo Social de Vitoria una demanda de reclamación de cantidad contra las empresas demandadas, habiendo sido turnada al Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria.

4).- Por medio de escritura notarial de 21 de febrero de 2007, las sociedades \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ constituyeron la sociedad \_\_\_\_\_, nombrando como administrador único a \_\_\_\_\_

El 25 de octubre de 2007, \_\_\_\_\_ en su condición de administrador de \_\_\_\_\_ nombró a \_\_\_\_\_ como apoderado de la mercantil citada, con las facultades que son de ver en la escritura notarial anexa a la escritura de constitución de la sociedad \_\_\_\_\_

En la misma fecha, \_\_\_\_\_ como apoderado de la mercantil \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ constituyeron, en escritura notarial, la mercantil \_\_\_\_\_, con un capital social de seis mil euros conformado por otras tantas participaciones iguales. De ellas, 3.060 pertenecían a \_\_\_\_\_; 1.470, a \_\_\_\_\_; y otras 1.470 a \_\_\_\_\_. En la misma escritura de constitución, se nombraron administradores solidarios a \_\_\_\_\_ y a \_\_\_\_\_

Por medio de escritura notarial de 21 de septiembre de 2010, la sociedad \_\_\_\_\_ formaliza el nombramiento de \_\_\_\_\_ como administrador único de la sociedad, así como el cese de \_\_\_\_\_

El 28 de diciembre de 2010, el BOE publicó el nombramiento de \_\_\_\_\_ como apoderada de la mercantil \_\_\_\_\_

El 17 de diciembre de 2013 se otorgó escritura notarial en la que \_\_\_\_\_ renuncia a su cargo de administradora solidaria de \_\_\_\_\_, siendo nombrado \_\_\_\_\_ como administrador único de la mercantil \_\_\_\_\_

Todas las anteriores escrituras han sido aportadas en el bloque documental nº 21 del ramo de prueba de la parte demandada, el cual se da por reproducido a efectos de su incorporación al relato de hechos probados.

5).- El cambio de la relación laboral de la demandante desde a se debió a su cambio de funciones, al pasar de ser oficiala de peluquería a responsable de varios salones de belleza; volviendo a suscribir contrato de trabajo con , cuando la demandante manifestó su deseo de ser encargada de un único salón.

El 22 de diciembre de 2014, la actora remitió un correo electrónico a que ejercía las funciones de "Area Manager" como superior de la demandante, en el que consta la firma automática de esta última, junto a la denominación social de . Ello consta en el documento nº 25 del ramo de prueba de la parte demandada que se da por reproducido a efectos de su incorporación al relato de hechos probados.

6).- El 9 de abril de 2015, la trabajadora comunicó a la sede central de la empresa que se había producido una fuga de agua en un lavacabezas, siéndole respondido que se pusiera en contacto con una empresa de fontanería. Los fontaneros acudieron los días 9 y 10 de abril de 2015 y la avería quedó reparada.

La fuga de agua se había iniciado diez días antes, habiendo sido las trabajadoras del salón de belleza en el que la demandante prestaba sus servicios las que recogieron el agua y limpiaron la zona hasta que llegaron los fontaneros.

El correo electrónico comunicando la fuga ha sido aportado como documento 4 del ramo de prueba de la parte demandada y en el mismo consta la firma automática del destinatario del mismo, empleado de la sede central que dio instrucciones a la demandante, junto a la denominación . Documento que se da por reproducido a efectos de su incorporación al relato de hechos probados.

7).- La demandante recibió un cartel electrostático para la dar publicidad a una promoción denominada "Potion 9" que se iniciaría el 1 de abril de 2015. La demandante no colocó dicho elemento publicitario, siendo el 10 de abril de 2015 cuando fue colocado por , coordinadora de la peluquería.

8).- El 30 de marzo de 2015, la demandante fue informada de que se le iba a remitir un router wifi para dar servicio de conexión a internet a los clientes, junto con unas instrucciones para que estos pudieran acceder al servicio. Recibido el router el 31 de marzo de 2015, el mismo no fue instalado ni las instrucciones colocadas en un lugar visible hasta el 10 de abril de 2015, siendo la labor finalmente realizada por otras personas diferentes de la demandante.

9).- Informada la trabajadora de una promoción destinada a clientes fidelizados a través de redes sociales y denominados "Hair Lovers", la demandante no colocó la publicidad en el establecimiento. Dicha promoción tenía un ámbito temporal



comprendido entre el 9 y el 11 de abril de 2015, siendo finalmente colocada por terceras personas el 10 de abril.

10).- El 1 de abril de 2015, la demandante prestó servicios de corte de pelo y un tratamiento tipo "Peeling" a su amigo , sin que el cliente abonara tales servicios, pero haciéndolo la demandante a través de su tarjeta bancaria.

11).- es trabajadora del salón de belleza de la calle Canciller de Ayala de Vitoria Gasteiz.

La demandante dijo a en fecha no determinada, que quería que la empresa le despidiera.

12).- La trabajadora no ostentaba ningún cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.

13).- Intentado acto de conciliación el mismo finalizó sin alcanzar avenencia

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Se desestima íntegramente la demanda presentada por , con absolución de y correlativo pronunciamiento para el FOGASA.

**TERCERO.-** Frente a dicha sentencia, la actora anunció primero, y formalizó después, recurso de suplicación, que fue impugnado por la empresa demandada.

**CUARTO.-** Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada del recurso de suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 8 de febrero de 2016, fecha en la que se emitió diligencia de ordenación, acordando la formación de las actuaciones del rollo correspondiente y la designación del Magistrado-Ponente.

**QUINTO.-** Por providencia de 12 de febrero de 2016 se señaló, para la deliberación y fallo del asunto, la audiencia del día 23 de ese mismo mes, en que tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La versión judicial de los hechos, inatacada por la única vía procesal hábil, pone de relieve que la actora en el proceso, en el desempeño de sus funciones como encargada del salón de belleza que regentan las sociedades demandadas, incurrió en los siguientes incumplimientos contractuales:

1º) Notificar a las oficinas centrales con 10 días de retraso la fuga de agua de un lavacabezas producida a finales del mes de marzo de 2015, lo que obligó al personal de la peluquería a limpiar y secar la zona afectada hasta su arreglo por un fontanero.

2º) No colocar en el exterior del establecimiento los elementos de publicidad de dos promociones, de las cuales una tenía fijada como fecha de inicio el 1 de abril de 2015, mientras que la otra estaba prevista para los días 9 a 11; finalmente, esos carteles fueron instalados el día 10 de ese mismo mes por otra trabajadora.

3º) No adoptar las medidas necesarias para que los clientes pudiesen acceder gratuitamente a Internet desde el interior de la sala, lo que finalmente hizo otra empleada el 10 de abril de 2015, 10 días después de la recepción del router.

El órgano de instancia constata que la actora había comunicado a otra trabajadora su voluntad de ser despedida, y considera que las actuaciones descritas tenían por objeto provocar su cese y son reveladoras de que no estaba dispuesta a asumir su responsabilidad, hasta el punto de que de no haberse acordado su cese habría persistido en esa conducta, constituyendo una transgresión de la buena fe contractual muy grave. Consiguientemente, declara la procedencia del despido y desestima la demanda origen de las actuaciones.

**SEGUNDO.-** Frente al expresado pronunciamiento se alza en suplicación la trabajadora con la pretensión de que declare la improcedencia del despido impuesto.

El orden metodológico procesal impone comenzar el examen del recurso de la actora por la solicitud que formula al objeto de que se incorpore una copia de la sentencia firme, de 11 de agosto de 2015, a virtud de la cual el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Vitoria revocó la sanción de siete días de suspensión de empleo y sueldo que le fue notificada mediante carta fechada el 27 de enero de 2015, por la comisión de una falta grave consistente en no atender correctamente a una clienta.

No existe obstáculo alguno para que, por razones de celeridad y economía procesal, decidamos sobre esta petición en sentencia, en lugar de suspender la votación y fallo del asunto para emitir el auto correspondiente, pues la parte recurrida tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto en el escrito de impugnación, como efectivamente hizo.

Dicho esto, el artículo 233.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social excluye la posibilidad de admitir y practicar pruebas en fase de recurso de suplicación, lo que es consecuencia de su carácter extraordinario que, como regla general, impide que el Tribunal "ad quem" pueda tener en cuenta y valorar medios de prueba que no fueron aportados en instancia y que, por tanto, no pudieron ser apreciados por el juez "a quo". No obstante, esa misma norma autoriza, con carácter excepcional, la aportación de aquellos documentos que teniendo tal condición de acuerdo a la legislación procesal, no hayan podido adjuntarse en el juicio por causas que no le fueran imputables a la parte que lo

presenta, siempre que puedan resultar relevantes en orden a la resolución del litigio, bien entendido que, como señala el auto de 12 de julio de 2002 (RJ 7654), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tal precepto merece una interpretación lógica y finalista en el sentido de que los documentos a los que alude han de tener la fuerza probatoria suficiente como para permitir pensar que hubieran influido de forma decisiva en la formación de la voluntad del Juzgador. Y ello, porque lo que se trata de impedir es la permanencia de una sentencia que, por haberse dictado sin tenerlos en consideración, resulta injusta para el litigante que no los pudo hacer valer a tiempo y, por ello, contraria a su derecho a la tutela judicial efectiva.

Este último requisito no concurre en el presente caso, pues la sentencia cuya unión se interesa carece de relevancia decisoria habida cuenta que los hechos allí enjuiciados son de diferente naturaleza y muy anteriores en el tiempo a los que aquí se debaten, y la sentencia impugnada no los ha tenido en cuenta a la hora de determinar la trascendencia disciplinaria de aquellos que declara probados.

Por otra parte, y frente a lo que razona la empresa en su escrito de oposición al recurso, la decisión que adopta la sentencia que acompaña la contraparte en función de la prueba practicada en aquél proceso, en relación a la inexistencia del grupo de empresas apreciado en la recurrida, no vincula la decisión a adoptar en este pleito, máxime si se tiene en cuenta que las demandadas no han recurrido el citado pronunciamiento que, por lo tanto, ha devenido firme.

Conforme a lo razonado, de haberse dictado el auto previsto en el artículo 233.1 del Texto Adjetivo Laboral, se habría decretado la inadmisión de la sentencia unida al escrito de interposición del recurso y, en este momento procesal, se impone no tenerla en cuenta en su resolución, lo que determina el rechazo del primer motivo de revisión fáctica, fundado en la mencionada resolución judicial.

**TERCERO.-** Son tres los motivos que al amparo de lo establecido en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción esgrime la representación letrada de la actora frente al fallo adverso a sus intereses.

De ellos, el inicial guarda relación con las imputaciones referidas a la falta de información a los clientes de sendas promociones y de la posibilidad de acceso a Internet. Al respecto, sostiene que la sentencia cuestionada infringe el artículo 24 de la Constitución y las reglas de distribución de la carga de la prueba, con arreglo a las cuales incumbía a la parte demandada acreditar que había puesto a su disposición una impresora para reproducir los correos electrónicos que le remitió, o una memoria USB para poder hacerlo en una copistería.

Este motivo no puede prosperar, por impedirlo dos tipos de razones.

1ª).- Ante todo, porque el artículo 105.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que es el que en definitiva invoca la actora, por su carácter genérico, cuyo alcance

es el de establecer quién ha de soportar la falta de prueba de los hechos imputados en la carta de despido, solamente puede ser alegado eficazmente en suplicación como violado en aquellos casos en que manifestada en autos la ausencia de elementos de convicción sobre la veracidad de aquellos, el juzgador invierte la regla de distribución de la carga de la prueba y hace recaer las consecuencias desfavorables de que no hayan sido acreditados o permanezcan dudosos, sobre la parte que, por su posición procesal, no tenía la carga de demostrarlos.

La situación descrita es diferente de aquella en que se ha practicado prueba, y el órgano judicial, valorándola en su conjunto, forma su convicción sobre los hechos controvertidos, supuesto éste en que el precepto mencionado no permite alterar la apreciación probatoria, pues es norma que atañe sólo y exclusivamente al reparto de la carga probatoria entre los litigantes y no establece ningún criterio de valoración de prueba, por lo que no puede servir de contraste a las declaraciones fácticas de la sentencia de instancia ni constituir base jurídica para enmendar el fallo.

Pues bien, el juzgador, para sentar la conclusión fáctica relativa a los incumplimientos de la actora a los que se alude en el motivo a estudio, se basó en los elementos probatorios que enumera en los dos últimos párrafos del fundamento de derecho segundo de su sentencia, por lo que no se dió la situación cuyas consecuencias regula la disposición reseñada.

2ª)- Pero es que, a mayor abundamiento, y aún examinando la cuestión desde la perspectiva de la valoración probatoria, impropia de un motivo de naturaleza jurídica, la convicción alcanzada por el juez "a quo" acerca de la responsabilidad de la demandante, se nos presenta como ajustada a las reglas de la sana crítica y carente de cualquier atisbo de irracionalidad, pues el hecho de que en el establecimiento no exista una impresora y de que la empresa no haya facilitado a la actora una memoria USB no borra esa responsabilidad. Por una parte, porque cabe presumir con fundamento que la recurrente, hasta la fecha en que acaecieron de los hechos debatidos, venía colocando los carteles de publicidad sin problemas, pues no ha manifestado en ningún momento que representase una nueva tarea, diferente de las que efectuaba de manera habitual. Por otra parte, si la trabajadora entendía que no tenía por qué hacer esos cometidos por no habersele proporcionado tal dispositivo, las exigencias de la buena fe le obligaban a poner su decisión en conocimiento de la empresa para que tomase las medidas oportunas, en lugar de hacerle creer que había cumplido sus indicaciones, lo que no hizo, y dió lugar a que otra trabajadora tuviese que llevarlo a cabo. Por último, la excusa de la actora carece de justificación en lo que respecta al cartel de vinilo electrostático, que se adhiere directamente en el escaparate, y a la instalación del router para el acceso gratuito a Internet, lo que viene a confirmar que su alegato no pasa de ser una mera estrategia de defensa.

**CUARTO.-** Los dos motivos restantes merecen un examen conjunto dado que en el primero de ellos la recurrente, aparte de cuestionar la convicción alcanzada por el

juzgador, lo que no es propio de este cauce, acusa la infracción por la sentencia de instancia del artículo 13 de la norma paccionada de aplicación – convenio colectivo de peluquerías, institutos y salones de belleza de Álava para los años 2006 a 2009 -, en el que se regula el sistema de clasificación profesional, en relación con el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, atendiendo a la entidad de los hechos y a que la categoría que le reconocía la empresa era la de oficial, mientras que en el segundo denuncia la vulneración de la doctrina gradualista.

Delimitado el debate en la forma expuesta conviene recordar ante todo que de conformidad con la doctrina jurisprudencial que sintetiza la sentencia de 19 de julio de 2010 (Rec. 2643/09), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el mero hecho de que un trabajador incurra en una conducta constitutiva de transgresión de la buena fe contractual no es suficiente para convalidar su despido, sino que, al igual que en los restantes incumplimientos contractuales, es necesario que se hagan presentes las notas de gravedad y culpabilidad que el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores exige como inexcusables para que puedan acarrear la máxima sanción laboral, lo que significa que los tribunales están obligados a ponderar las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan concurrir en el supuesto enjuiciado, cuya mayor o menor trascendencia valorativa dependerá de la gravedad objetiva de los hechos acreditados.

A la luz de esta doctrina, es criterio unánime de la Sala el de que, contemplados en abstracto y de forma aislada, los hechos que la sentencia de instancia declara probados carecerían de la entidad necesaria para justificar el despido de la demandante. La discrepancia surge a la hora de dilucidar si las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, entre las que figuran la pluralidad de faltas, su reiteración en un breve período de tiempo de 10 días, el puesto ocupado por la demandante, y, de manera relevante, que no obedezcan a un mero descuido, dejación, desatención o desidia en el cumplimiento de las obligaciones laborales, sino a una decisión voluntaria y premeditada de la actora, con conocimiento de las infracciones cometidas y con el propósito de provocar su despido, aumentan el reproche que merecen hasta el punto de permitir establecer una adecuada correlación con la sanción que le ha sido impuesta.

Situados en esta precisa perspectiva, lo primero que hay que señalar es que no consideramos óbice a la apreciación del elemento volitivo en la actuación de la trabajadora, la circunstancia de que no se hiciese referencia al mismo en la carta de despido. Ello es así, porque la intencionalidad no es una circunstancia fáctica susceptible de comprobación objetiva, de obligada mención en la comunicación extintiva, sino una propiedad de la consciencia por la que ésta se dirige a un objetivo determinado, que puede ser acreditada en el acto de juicio por medio de prueba directa o indiciaria, como ha sucedido en este caso no sólo a través de la manifestación de otra trabajadora del establecimiento sino también de la ausencia de motivos que expliquen la conducta de la demandante, y ser tomada en consideración por el órgano de instancia a efectos de calificar el comportamiento enjuiciado.

Así lo ha entendido la propia interesada, que en el escrito de formalización del recurso no ha hecho ninguna mención ni ha cuestionado la utilización de ese parámetro por el Magistrado autor de la sentencia de cuyo fallo disiente; silencio que aunque no pueda ser interpretado como un reconocimiento de la repercusión disciplinaria que el juzgador le atribuye, no deja de ser llamativo a la par que significativo, y supone que, para revocar aquél, este Tribunal debería examinar de oficio la validez de los argumentos utilizados al respecto por el juez "a quo" a pesar de no haber sido refutados, supliendo así la inactividad alegatoria de la parte obligada a ello y quebrantando las garantías constitucionales de audiencia bilateral, contradicción y equilibrio procesal, lo que, además, causaría una evidente indefensión a la parte demandada, que no podría discutir tan siquiera las razones de la eventual estimación del recurso.

Sentado lo precedente, la respuesta a la pregunta formulada debe ser coincidente con la dada por el órgano de instancia. En primer lugar, por la reiteración de conductas incumplidoras por parte de la demandante (dos de la misma naturaleza referidas a los cárteles y otras dos de distinta índole) en un corto espacio de 10 días. La consideración de este doble factor numérico y temporal no es baladí en tanto evidencia que su actuación respondía a un plan elaborado, aplicado de manera sistemática y concentrada, a fin de perjudicar a la empresa y provocar su despido con la mayor rapidez posible, lo que aumenta la potencialidad lesiva y el significado disciplinario de su proceder. En segundo término, y aun siendo cierto que la actora tenía reconocida formalmente la categoría de oficial, también lo es que venía asumiendo pacíficamente las funciones de Encargada con pleno conocimiento de su responsabilidad, lo que le impone unas obligaciones de conducta específicas, que incumplió de manera consciente y continuada, ocultándose a la Dirección de la empresa, por lo que las actuaciones referidas a los cárteles y al acceso a Internet deben ser calificadas no solamente como desobediencia grave, sino como transgresoras de la buena fe contractual, determinando una quiebra de la confianza que la demandada depositó en ella al encomendarle un puesto de confianza. En tercer lugar, porque la conducta de la demandante estuvo guiada por un móvil espúreo, consistente en perjudicar a la empresa y provocar su despido, por lo que constituiría un efecto perverso e injustificado jurídicamente que, como resultado de sus incumplimientos, obtuviese lo que en realidad pretendía.

Cuanto se deja expuesto, lleva a la conclusión de que el juzgador de instancia, al calificar los hechos acreditados como constitutivos de una transgresión de la buena fe contractual revestida de las cotas de gravedad y culpabilidad requeridas para justificar la máxima sanción de despido, dió recta aplicación a lo dispuesto en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que procede la confirmación de su sentencia y la desestimación del recurso objeto de estudio.

**QUINTO.-** A tenor de lo previsto en el artículo 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, no procede imponer a la actora las costas causadas en esta fase al gozar del beneficio de justicia gratuita y no apreciarse temeridad, o mala fe, en su actuación procesal.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por D<sup>a</sup>  
contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Vitoria, de fecha  
17 de septiembre de 2015, confirmando lo en ella resuelto. Sin costas

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

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

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

E/

**VOTO PARTICULAR** que emite el I.S.M. DON JUAN CARLOS ITURRI GARATE a la sentencia que dicta esta Sala en el recurso 246/2016 al amparo de lo previsto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Con respeto a la opinión de mis compañeros de deliberación, no la comparto y como ello incide en el sentido del fallo que entiendo que tuvo que tener nuestra sentencia, formulo este voto particular, ya que entiendo que el recurso debió ser estimado.

Como bien expresa la sentencia aprobada por el Voto mayoritario, mi divergencia es solo en relación al cuarto fundamento de derecho y en concreto, en relación a sus últimos párrafos, pues entiendo que, aún y sancionable la conducta de la demandante, la calificación oportuna es la de despido improcedente, ya que, debiendo considerarse todos los datos del caso concreto para valorar la proporción entre la falta cometida y la sanción, en nuestro caso se ha de tener en cuenta lo siguiente.

1.- La antigüedad superior a los siete años de la relación laboral, constando el antecedente de sanción revocada judicialmente.

2.- Que solo se probó una parte de las imputaciones contenidas en la carta de despido.

3.- Que, mas que de cuatro hechos puntuales, son tres los hechos que fueron probados, que ocurrieron en los mismos y escasos diez días, que son conductas observadas fuera de lo que es el cometido principal de las funciones de la demandante, aunque vinculadas a su condición de encargada en el establecimiento, no constando se produjesen daños por esa falta de llamada para reparación de los escapes de agua, pues se hicieron las oportunas labores de limpieza en el interin, en otro caso se trató de no realizar de forma inmediata la promoción publicitaria requerida por la empresa de un producto y en el otro, de no



realizar de inmediato la materilización de un servicio suplementario dentro de la peluquería (conexión a Internet).

4.- Ciertamente esa conducta de pasividad está probado que fue consciente y no negligente o simplemente culposa, sino realizada de forma intencional, en cuanto que estaba presidida con la finalidad de propiciar el propio despido, pues de ello hay que partir.

Pero esa fraudulenta finalidad no fue dato expuesto en la carta de despido y debe estarse a lo imputado en la misma (artículo 105, número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social). La actuación dirigida a ese objetivo no es en absoluto de recibo, pero si esos incumplimientos consideraba la empresa que tenían esa finalidad, lo pudo poner en la carta. En todo caso, la intención no cambia la propia entidad de los hechos mencionados, ni permite trocar la calificación que proceda del examen objetivo de su entidad y trascendencia, que considero que es la expuesta.

5. Examinado el convenio colectivo que se declara como el aplicable a las partes en el hecho probado primero de la sentencia recurrida (el de peluquerías, institutos y salones de belleza de Álava, publicado en el Boletín Oficial de Álava de fecha 28 de junio de 2006) entiendo que las tales conductas no quedan incardinadas en falta muy grave de las allí previstas y si en las graves de "desobediencia a los superiores que impliquen gran quebranto al trabajo y en la de "falta de aseo y limpieza exigida por la empresa en el establecimiento" o alternativamente "descuido importante en la conservación del material o artículos del establecimiento" (artículos 39 y 40 del mismo), por lo que procedería sanción distinta a la de despido (artículo 41).

Considerado improcedente, los efectos serían los previstos en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social y la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Por ello, entiendo que el recurso debió ser estimado, sin que procediera la imposición de costas a la recurrente, en atención al artículo 235 punto 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social.

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

Considero que el fallo del recurso debió ser el siguiente:

## FALLAMOS

Que **estimamos** el recurso de suplicación formulado en nombre y representación de doña \_\_\_\_\_ contra la sentencia de fecha diecisiete de septiembre de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Vitoria-Gasteiz, autos 412/2015, en los que también es parte \_\_\_\_\_, y el

En su consecuencia, **revocamos** la misma y declarando improcedente el despido disciplinario actuado en fecha de efectos del día 3 de junio de 2015, condenamos a \_\_\_\_\_ a estar y pasar por tal declaración y a que, en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir a la demandante en idénticas condiciones laborales a las que regían con anterioridad a su despido o indemnizarle en 12.815,57 euros, debiendo abonarle los salarios de tramitación a razón de 42,54 euros brutos diarios si opta por la readmisión.

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

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

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

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

E/