



Roj: **STSJ AS 2918/2023 - ECLI:ES:TSJAS:2023:2918**

Id Cendoj: **33044340012023101690**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2023**

Nº de Recurso: **1405/2023**

Nº de Resolución: **1720/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 01720/2023**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**Correo electrónico:**

**NIG:** 33024 44 4 2023 0001024

Equipo/usuario: APG

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0001405 /2023**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000247 /2023

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** María Angeles

**ABOGADO/A:** ELOY FERNANDEZ SCHMITZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

**RECURRIDO/S D/ña:** MINISTERIO FISCAL, COLOPLAST PRODUCTOS MEDICOS, S.A. , FONDO DE GARANTIA SALARIAL

**ABOGADO/A:** , JESUS CASTRO MARTINEZ , LETRADO DE FOGASA

**PROCURADOR:** , ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , ,

**Sentencia nº 1720/23**

En OVIEDO, a doce de diciembre de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Presidente, D<sup>a</sup>. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D<sup>a</sup>.



MARIA CRISTINA GARCIA FERNANDEZ Magistrados, 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 1405/2023, formalizado por el Abogado D. ELOY FERNANDEZ SCHMITZ, en nombre y representación de María Angeles , contra la sentencia número 244/23 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJON en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 247/2023, seguidos a instancia de María Angeles frente al MINISTERIO FISCAL, COLOPLAST PRODUCTOS MEDICOS, S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL , siendo Magistrado-Ponente **el Ilmo Sr. D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> María Angeles presentó demanda contra el MINISTERIO FISCAL, COLOPLAST PRODUCTOS MEDICOS, S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 244/23, de fecha doce de julio de dos mil veintitrés.

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

"Primero.- La demandante, D<sup>a</sup> María Angeles , mayor de edad, con DNI nº NUM000 prestó servicios para la mercantil NOVO NORDISK PHARMA, S. A. desde el 5 de junio de 2000 hasta el 25 de noviembre de 2016. Desde el 11 de diciembre de 2016 al 9 de julio de 2017 percibió prestaciones de desempleo.

Segundo.- El 10 de julio de 2017 la actora y COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S. A., suscribieron un contrato de trabajo indefinido a jornada completa, con la categoría profesional de vendedor, correspondiente al grupo I.

Tercero.- En cuanto al centro de trabajo en el contrato se estableció la siguiente previsión:

*La trabajadora tendrá base en Asturias. No obstante, como consecuencia de la naturaleza de su puesto de trabajo, la trabajadora se compromete a realizar cuantos viajes sean necesarios y le puedan ser requeridos por la Empresa, tanto en España como en el extranjero, y voluntariamente asume que tal obligación es inherente a su puesto de trabajo y condición básica de su relación laboral.*

*La Empresa, por razones estratégicas, de posibles reestructuraciones, organizativas o de producción se reserva el derecho de modificar la zona*

*geográfica de adscripción de la trabajadora, aceptándolo la trabajadora expresa y voluntariamente en las condiciones legalmente establecidas.*

*En ningún caso, el tiempo de trabajo que la trabajadora dedique a sus desplazamientos se considerará tiempo de trabajo efectivo a ningún efecto. Ello, sin perjuicio de que el mismo cause derecho a las compensaciones de gastos que la política de viajes de la Empresa o el Convenio Colectivo aplicable establezca en cada momento.*

Cuarto.- Disciplinaba la relación el Convenio colectivo del sector del comercio vario, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 26 de octubre de 2019.

El artículo 69 tipifica como faltas muy graves:

*3. El fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como el trato con los otros trabajadores o con cualquier otra persona durante el trabajo, o hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona sin expresa autorización de la empresa, así como la competencia desleal en la actividad de la misma.*

[...]

*13. Disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal de su trabajo, siempre que no esté motivada por derecho alguno reconocido por las Leyes.*



[...]

El artículo 71 dispone:

3. *Por faltas muy graves: Desde la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días hasta la rescisión del contrato de trabajo en los supuestos en que la falta fuera calificada en su grado máximo.*

Quinto.- El salario se le abonaba a través de transferencia bancaria. A efectos de indemnización y, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, a la actora le corresponde percibir un salario diario de 175,99 euros.

Sexto.- La actora no ha desempeñado papel alguno de representación sindical o de los trabajadores en el último año.

Séptimo.- Dentro de los protocolos internos de la empresa existe la obligación de que los delegados de ventas lleven a cabo una serie de actividades como el registro

diario de jornada y el reporte diario de actividad. A los efectos de poder transmitir a los clientes información o publicidad es preciso recabar su consentimiento informado, que ha de estar actualizado. También se exige un número mínimo de "logins" en relación con el marketing digital: estas descargas representan el número de veces que el comercial o vendedor muestra al cliente los productos ofertados por la empresa.

Octavo.- La actora fue instada verbalmente en múltiples ocasiones por D. Evaristo para que llevara a cabo el registro de la jornada. También lo hicieron por medio de correos electrónicos D<sup>a</sup> Elisenda (el 30 de julio de 2021) y D<sup>a</sup> Encarnación (9 y 22 de septiembre de 2022, 16 de febrero de 2023).

Noveno.- D. Evaristo requirió en diversas ocasiones a D<sup>a</sup> María Angeles para que cumpliera con los parámetros en relación con el "showpad" (marketing digital), recordándoselo en correos electrónicos de 29 y 31 de octubre de 2022 y de 17 de febrero de 2023.

Décimo.- El promedio de acceso al material de marketing digital del resto de los delegados de ventas entre octubre y diciembre de 2022 fue de 4,2%. El de la actora fue de 2,1%, el más bajo de todos los trabajadores.

Undécimo.- A marzo de 2023 y respecto de la línea de "continencia" la actora logró un 16% de consentimientos informados al mes de marzo de 2023. La media de los trabajadores estaba en el 71%. En la línea de ostomía, la media era del 77% y la actora logró un 29%.

Duodécimo.- En el mes de enero la actora reportó una visita. En el mes de marzo reportó 5. El 21 de marzo de 2023, entre las 5:53 y las 6:18 horas, reportó 25 visitas.

Decimotercero.- En los meses de enero y febrero de 2023 la actora no registró la jornada en 31 ocasiones.

Decimocuarto.- Entre octubre y diciembre de 2022 la actora reportó el 10% de las visitas diarias en 24 horas, siendo así que los delegados deben hacer un objetivo del 90%. De un total de 125 visitas, 113 fueron reportadas con posterioridad a las 24 horas. Entre enero y marzo de 2023 hizo lo propio con el 7% (160 reportadas más tarde de 24 horas, frente a 12 reportadas en 24 horas).

Decimoquinto.- A principios de marzo de 2023 la actora tuvo un problema con la directora del Hospital de León. Ésta recriminó a la demandante por haber asignado

directamente las plazas de un congreso de ostomía, manifestándole que tenía que ser el centro el que asignara las plazas y no una casa comercial.

Decimosexto.- La decisión de incrementar el salario de los trabajadores se toma de forma colegiada en una especie de comité en el que participan los responsables de ventas y de recursos humanos. Las decisiones en el seno de este órgano se toman de consuno para evitar subjetividades de los inmediatos superiores.

Decimoséptimo.- En el año 2022 se decidió que la actora no vería incrementado su salario. Otra trabajadora de idéntica categoría se vio afectada por una decisión semejante.

Decimoctavo.- La demandada es una multinacional en la que existe un protocolo para actuar en situaciones de cualquier tipo de acoso que garantiza el anonimato de los denunciantes, centralizado en Dinamarca, al que no sólo los empleados se pueden dirigir, sino también colaboradores y proveedores de la empresa.

Decimonoveno.- En enero de 2022 la actora tuvo una conversación con D. Lucas, responsable del Departamento de Legal y Compliance de la compañía. La actora relató una situación de tensión focalizada en su superior jerárquico, D. Evaristo. El Sr. Lucas le ilustró sobre la forma de proceder para el caso de que entendiera que estaba sufriendo un acoso. La actora no tomó ninguna decisión al respecto. Poco antes del despido de la actora, ésta volvió a hablar con el Sr. Lucas. Estas conversaciones tienen carácter confidencial y no existe constancia de que trascendieran de los interlocutores.

Vigésimo.- La mercantil demandada pertenece a la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN). FENIN se adhiere a un código ético que entró en vigor en enero de 2018 que, según se refleja en la página web (<https://www.fenin.es>) responde a la voluntad de mejorar el compromiso ético del Sector de Tecnología Sanitaria y establece un nuevo modelo en las relaciones entre la industria y los profesionales y organizaciones sanitarios. En aplicación de este código las empresas no pueden asignar becas o ayudas nominalmente, sino que se asignan a la dirección competente del centro correspondiente y éste es el que las otorga a las personas concretas.

Vigesimoprimer.- El 17 de marzo de 2022, por medio de la aplicación WhatsApp, D. Evaristo comunicó a la actora que el día 21 viajaría a Oviedo para trabajar con ella. El verdadero propósito de la cita era comunicar a la actora su despido disciplinario, razón por la que también se desplazó a Oviedo D<sup>a</sup> Elisenda. Esta decisión había sido tomada con unos días de antelación, con la anuencia de la Directora de Ventas, D<sup>a</sup> Rosa.

Vigesimosegundo.- El 20 de marzo, a través de la misma aplicación, la actora solicitó al Sr. Evaristo que le informara de la hora de llegada para recogerle y antes organizar las visitas.. Éste respondió que llegaría sobre las 9 horas.

Vigesimotercero.- En el Aeropuerto de Asturias D<sup>a</sup> Elisenda y D. Evaristo entregaron a la actora comunicación del tenor literal siguiente:

*Asturias, 21 de marzo de 2023*

*A la atención de María Angeles*

*Delegada de Ventas*

*Por medio de la presente, lamentamos comunicarle que la Dirección de la compañía COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S. A. ("Coloplast", la "Compañía" o la "Empresa") ha tomado la decisión de resolver su contrato de trabajo por causas disciplinarias, de conformidad con los artículos 54.2 apartados d) y e) del Estatuto de los Trabajadores ("ET") y los artículos 69. 3, 69. 14 y 71. 3 del Convenio Colectivo del Sector del Comercio Vario de Madrid que resulta de aplicación (el "Convenio Colectivo") con efectos del día 22 de marzo de 2023.*

*En concreto, esta decisión deriva de la desidia, falta de interés y actitud por su parte respecto a las funciones que tiene encomendadas, comportamiento que se viene constatando desde hace varios meses por parte de sus superiores jerárquicos. La realidad es que no está comprometida con la empresa, mostrando desinterés y falta de implicación en el proyecto, que en muchas ocasiones, se traduce en un incumplimiento de los procedimientos establecidos por la empresa. Con carácter previo, resulta de vital importancia contextualizar la conducta que, por medio de la presente comunicación, se viene a sancionar. En este sentido, los hechos que vienen a relatarse en esta comunicación son la consecuencia directa de un problema que la Dirección de la Compañía ha detectado y que lejos de enmendarse ha ido empeorando en los últimos meses. En concreto, se viene observando una cada vez mayor disminución de su rendimiento, limitándose a realizar el mínimo imprescindible, lo que tiene como consecuencia la no consecución de sus objetivos, incumplimiento de los procesos internos, etc. Los hechos realizados por su parte ponen de manifiesto una actitud negativa y de desidia, sin sentido de equipo, ni de empresa, que ha devenido en una consecuente falta de alineación con los intereses generales del proyecto.*

*Usted, al igual que todos los empleados que ocupan su mismo puesto como Delegada de Ventas, tiene un objetivo de visitas diarias y porcentaje de visitas reportadas en 24 horas, que es el 90%. Hemos comprobado que el cumplimiento de este objetivo durante el trimestre octubre-diciembre 2022 ha sido del 10%.*

*Otro objetivo es el número de veces al mes que se utiliza el material digital de marketing. El cumplimiento para el trimestre octubre-diciembre 2022 ha sido*

*de 2, 1 "login" diarios, siendo el objetivo de 4 "login" diarios. La media del equipo de delegados en el mismo período ha sido de 4,2. Otra tarea que tienen encomendada los Delegados de Ventas es recabar la firma del consentimiento informado de sus clientes para que podamos interaccionar con ellos. Usted recogió sólo el 17% de firmas de los clientes de la Unidad de Continencia, siendo la media del equipo del 69%. En cuanto a los*

*En otro orden de cosas, su falta de vinculación al proyecto y a los diferentes procesos o acciones determinados por la Compañía se desprende de los siguientes ejemplos:*

*No hace su reporte de actividad diariamente, aunque su superior directo, Evaristo, y otros directivos de la compañía le han explicado que es obligatorio realizar el reporte todos los días.*

*Cuando se lo reclaman repetidamente usted informa los datos, en muchas ocasiones todo el mes en el mismo día. En enero ha reportado solamente 1 día (21 enero) y reportado 20 visitas y 12 cuentas de parte del mes de enero (de los días 9 al 13 de enero). En febrero no ha reportado visitas y el día 03/03 y el día 13/03 ha reportado*







*Subject: Login %.xlsx*

Hola

*Te paso el % de iogin, en Febrero, y el Trimestre CM y CQ*

*Un abrazo y buen finde*

From: Evaristo

Sent: Wednesday, February 22, 2023 8:47 AM

To: María Angeles < DIRECCION000 >

Subject: jFW: Login %.xlsx

Buenos días

Para tu info

*Tienes las cifras mas bajas de todo la compañía*

*En noviembre de 2022 en relación al consentimiento informado:*

From:.

Sent: Tuesday, November 22, 2022 8:04 AM

To: ES\_area\_Chronic\_Oeste < DIRECCION002 >; ES ar

Subject: Fwd: Enviando por correo electrónico: Professional Consent - Standai

Buenos días, os adjunto la última actualización que nos ha enviado Leoncio

Buen día!!!

rom: Evaristo

Sent; Wednesday, November 23, 2022 10:45 PM

To: María Angeles < DIRECCION000 >

Subject: FW: Enviando por correo electrónico:ProfessionalConsent - Standard Reports 2111.2022

Hoia María Angeles

*Tienes que tomarte muy pero que muy en serio esto*

Hablamos

Gracias

*En noviembre-diciembre de 2022 en relación a petición de información:*

From; O»\*

Sent: Tuesday, Noverrber 8, 2022 5:20 PM

To: Evaristo < DIRECCION001 >; dhgrf >" [' , S yUssu

Ce;

Subject; Inauguración Curso de experto: cuidado integral en la distunción intestinal

Buenas tardes a todos,

*Os informamos que la inauguracóndel curso de experto: cuidado integral en la disfundónintestinaltendrá lugar presendatmente en la universidad jrranciscode Vitoriael martes 21 de febrero de 20;*

*Necesitamos que nos enviéis el reparto por delegado paro que podamos enviarles lo antes posible La documentación.*

De: Evaristo < DIRECCION001 >

Enviado: Wednesday, November 23, 2022 4:29:38 PM

Para: María Angeles < DIRECCION000 >

Ce: <



Asunto: FW: Jnauguradón Curso de experto: cuidado integral en la disfunciónintestinal

Por favor María Angeles envía jos datos a Macarena tal y como hablamos

Gracias

From: Evaristo

Sent: Monday, December 5, 2022 5:20 PM

To: María Angeles < DIRECCION000 > . . . .

Subjct:'RE:'In'auguraciónCursodeexperto:cuidadointegralenladisfundónint estinal

Hola María Angeles necesito saber algo de esto con urgencia

Gracias+

En febrero de 2023 en relación a la falta de inclusión de clientes en un estudio de marketing:

Frem: Evaristo

S. M: Monday, Febmary 6, 2023 10:06AM

TB:tim\*-<««f«« .

i María Angeles

Subject: Estudio Escuchando al Experto

^l,^^.^.^OC,. ^^..^e^^.n, «. e^o..-^^

Muchas Gradass

From: Evaristo

Sent: Monday, February 6, 2023 10:06 AM

To: María Angeles < DIRECCION000 >

Subject: FW: Estudio Escuchando al Experto

Buenos días no aparece ningún cliente tuyo en OC es así?

Gracias

os hechos relatados son constitutivos de una serie de ilícitos laborales que la Empresa no puede seguir consintiendo al estarse produciendo mi perjuicio y no estar alineados con los valores de la misma. Por ello, se ha decidido proceder a su despido disciplinario con fecha de efectos del día 22 de marzo de 2023 al haber generado una pérdida de la confianza deposita en usted.

Como resultado de su despido por causas disciplinarias, deberá entregar a la Compañía mañana 22 de marzo en la sede social de la empresa C/Condesa de Venadito 5 de Madrid, cualquier documenta, expediente, material, tarjeta, equipo electrónico o similar propiedad de Coloplast o del grupo que pudiera estar en su posesión como consecuencia del desempeño de su puesto de trabajo, incluido el teléfono móvil, iPad, ordenador portátil, tarjeta VISA, vehículo de empresa junto con los dos juegos de llaves, documentación y tarjeta de combustible y cualquier otro documento o instrumento de trabajo que se le haya entregado durante el transcurso de la relación laboral.

Por otra parte, le recordamos su deber general de confidencialidad con respecto a todos los datos de la Compañía o del grupo, al mismo tiempo que nos reservamos el derecho a emprender cualquier acción legal en caso de que los datos aquí reseñados sean divulgados.

Vigesimocuarto.- A la entrega de la comunicación de despido, en la que se señalaba que la actora debería comparecer en las oficinas de la empresa en Madrid para entregar el vehículo de empresa y otros instrumentos de trabajo, la Sra. Elisenda le instó para que se pusiera en contacto con la oficina central para que gestionaran un vuelo desde Madrid para que la actora pudiera regresar a Asturias el 22 de marzo.

Vigesimoquinto.- Como quiera que la actora no se presentó en las dependencias centrales de la empresa a lo largo de la mañana del día 22, la Sra. Elisenda telefoneó en varias ocasiones a la Sra. María Angeles, que no atendió a las llamadas. El buzó de voz estaba, asimismo, desconectado. A última hora de la mañana le envió también un mensaje por la aplicación WhatsApp. Sobre las 15 horas la Sra. María Angeles contestó por este medio adjuntando un parte de baja.



Vigesimosexto.- El parte de baja, fechado el 22 de marzo de 2022, retrotraía la fecha de la incapacidad temporal al día 21 del mismo mes.

Vigesimoséptimo.- El 17 de abril de 2023 se celebró el acto de conciliación ante la UMAC de Gijón, concluyendo el mismo "sin avenencia", respecto de la papeleta presentada el 31 de marzo de 2023."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> María Angeles , contra COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S. A., absolviendo a la empleadora de las pretensiones en su contra y declarando la procedencia del despido practicado."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por María Angeles 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 fecha 23 de octubre de 2023.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 30 de noviembre de 2023 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 del Juzgado de lo social núm. 1 de Gijón de 12 de abril de dos mil veintitrés desestimó la demanda formulada por la trabajadora, declarando la procedencia del despido acordado por la empresa COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS S.A. el día 21 de marzo de 2023 y, frente a dicha resolución judicial, interpone recurso de Suplicación la dirección letrada de la parte demandante desde la triple perspectiva que autoriza el Art. 191.a) b) y c) de la de la de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, interesando de la declaración de nulidad de actuaciones o, en otro caso, la nulidad del despido o su improcedencia, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

El recurso ha sido impugnado de contrario por el MINISTERIO FISCAL y por la representación procesal de la empresa COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS S.A. para interesar en ambos supuestos su integra desestimación.

**SEGUNDO:** Con carácter previo a la resolución del recurso, es preciso pronunciarse sobre la admisión de los documentos aportados junto con el escrito de formalización del recurso suplicación. Se trata un correo electrónico remitido por la actora el lunes 13 de febrero de 2023 relativo a unas becas y de una grabación de audio.

Dentro del plazo que le fue concedido para la impugnación del recurso la empresa se opuso a su admisión por consiedrarlos extemporáneos e improcedentes.

El Art. 233.1 de la L.R.J.S., después de establecer el principio general según el cual en los recursos de suplicación la Sala no se admitirá a las partes documento alguno, ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos, establece también la correspondiente excepción al añadir, acto seguido, que, no obstante, si el recurrente presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída que sea la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición.

Lo anterior concuerda con lo dispuesto en el art. 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente que, después de establecer la misma prohibición sobre admisión de documentos después de la vista o juicio, añade:

"Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o rectificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso..."

De todo ello se deriva que el artículo 233 de la LRJS , sobre admisión de documentos nuevos parte de la regla general de su inadmisibilidad y sólo a modo de excepción ("no obstante"), alude a documentos "decisivos" para la resolución del recurso que la parte no hubiera podido aportar anteriormente por causas que no le fueran imputables, o cuando pudiese sustentar la revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental.





A la vista de todo lo anterior, procede rechazar la incorporación solicitada, al no reunir los aportados los requisitos necesarios tanto de carácter extrínseco como intrínseco para ello, pues no es ni una sentencia ni una resolución administrativa firme y, además, es extemporáneo, pues se trata de un correo electrónico de la actora que siendo de fecha anterior, no se aportó ni se solicitó su admisión en el acto del juicio oral. No procede razonamiento adicional de ninguna clase ante la evidente falta de idoneidad del documento que se pretende aportar a los efectos del artículo 233 de la LRJS.

Las grabaciones de audio y video se considera que no tienen naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados, al amparo del artículo 193. b) de la LRJS.

Procede, por tanto, el desglose de los documentos presentados con el escrito de recurso y su devolución a quien los presentó.

**TERCERO:** La primera de las tachas que se formula a la resolución de instancia es la infracción del Art. 24 de la CE en relación con los Arts. 87 y 90, 94 y 187.3 de la L.R.J.S.

Interesa la parte actora la declaración de la nulidad de actuaciones en relación con la prueba documental que inicialmente resulto admitida y posteriormente rechazada su práctica por auto de fecha 5 de julio de 2023, estimatorio del recurso de reposición formulado por la empresa y resuelto inaudita parte, considerandose en cualquier caso que dicha prueba es fundamental, imprescindible para su defensa y relevante para el buen devenir del juicio.

Para que la nulidad de actuaciones por violación de disposición adjetiva prospere se requiere inexcusablemente: 1º) que se indique la concreta norma que se considere infringida; 2º) que efectivamente se haya vulnerado; 3º) que la misma tenga carácter esencial, 4º) que con la infracción se haya determinado indefensión a la parte, y (5º) que se hubiese formulado oportuna protesta, en los supuestos en que la misma sea factible. Ello es así, porque como nos recuerda el Tribunal Supremo, la indefensión -proscrita por el art. 24 CE - no nace de toda infracción de las reglas procesales, sino tan sólo de aquella que se traduce en privación o limitación real del fundamental derecho de defensa ( STC 34/1991, de 14 febrero ), de manera que la prohibición de indefensión tiene carácter material más que formal, y no se entiende producida cuando, pese a la existencia de infracciones procesales, no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal o cuando no se merman las oportunidades de la parte para alegar y probar lo que a su derecho convenga ( STS 12 noviembre 1990).

A la admisión de las pruebas propuestas se refiere el Art. 285 LEC, precepto que se limita a establecer la obligación de Juez de pronunciarse sobre la admisión, o no, de cada una de las pruebas propuestas, para lo que debe tener en cuenta los criterios establecidos en los Arts. 281 y 283, ambos de la LEC.

Pero para que la incorrecta inadmisión de una prueba pueda determinar la nulidad de actuaciones por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, se exige que sea el recurrente quien demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o indebidamente practicadas y, además, deberá argumentar de modo convincente que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiera practicado correctamente la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta pues sólo en tal caso -comprobado, que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido- podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho del recurrente" ( SSTC 147/1987; 357/1993; 1/1996; 217/1998, 219/1998 y 110/1999 de 31 de mayo, entre otras).

Además, tan solo cabe invocar infracciones procesales que siendo generadoras de indefensión para quien interpone el recurso, hayan sido objeto de protesta formal, pues no puede alegar indefensión quien no hizo todo lo que estaba en su mano para defenderse ( SSTC 69/1986, de 27-5-1986 y 54/1987, de 13-5-1987), no siendo atendible la petición de quien con su propia inacción o falta de diligencia, ha causado la limitación de los medios de defensa que alega ( STS 17-10-1992). Esta necesidad de formular protesta al efecto del correspondiente recurso contra la sentencia aparece expresamente recogido en el artículo 87.2 LRJS.

En el presente supuesto por auto de cinco de julio de dos mil veintitrés se acordó reponer la providencia de 12-06-23 dictada en los autos 247/2023, dejando sin efecto el requerimiento efectuado a la mercantil demandada en cuanto a la siguiente documentación: MS/Market Share de Colostomía. Cuota de mercado, de la empresa COLOPLAST PRODUCTOS MEDICOS, desglosado en las provincias de Asturias,

Cantabria y León, desglosado trimestral y anualmente desde 2015 a primer trimestre de 2023. B) Venta en Hospitales e Introducción de productos en Hospitales en Ostomía, desglosado en provincias de Asturias, Cantabria y León, desglosado trimestral y anualmente desde 2015 a primer trimestre de 2023. C) Concursos ganados de continencia en Asturias y León, desde 2015 a 2023.d. Informe sobre el objetivo de ventas y resultado de ventas del último trimestre de 2023, de todos los vendedores de ostomía y continencia de la empresa.



Sucede que una vez visionada la grabación del juicio oral se aprecia que el Letrado recurrente se limitó a proponer la prueba que había sido objeto del requerimiento el día 5 de julio de 2023, esto es, no solamente se aquieto expresamente a aquella resolución judicial sino que tampoco formuló protesta alguna, y siendo ello así, el motivo no puede prosperar pues como recuerda el Art. 191.3.d) de la L.R.J.S., procederá el recurso de suplicación frente a las infracciones procedimentales pero ello "siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión".

**CUARTO.** Destina la parte actora el segundo de los motivos de su recurso a la modificación del relato histórico de instancia, interesando concretamente la modificación de los ordinales séptimo, octavo, noveno, decimo, undécimo, duodécimo, decimotercero, decimocuarto, decimoquinto, decimonoveno, vigésimo, vigesimoséptimo y vigesimooctavo, postulando las siguientes modificaciones:

Ordinal séptimo. - postula su sustitución por otro con el siguiente texto:

"Séptimo. - Dentro de los protocolos internos de la empresa existen una serie de incentivos, a fin de que los delegados de ventas lleven a cabo una serie de actividades como el registro diario de jornada, el reporte de actividad, así como la suscripción por los clientes de consentimientos informados, acceso a "logins" de material de marketing digital, lo que conllevan en caso de consecución una serie de beneficios económicos para los delegados."

Ordinal octavo. - para que se suprima la frase que dice:

"La actora fue instada verbalmente en múltiples ocasiones por D. Evaristo para que llevara a cabo el registro de la jornada".

Ordinal noveno. - postula la siguiente redacción alternativa

"D. Evaristo jamás requirió a Da María Angeles en relación con el "showpad" (marketing digital), existiendo un único correo de fecha 31 de octubre de 2022, en el que se le indica que su nombre sigue sin aparecer, sin que se aporte la conversación completa."

Ordinal décimo. - para que se adicione una nueva frase que diga:

" No constando el promedio de acceso al material de marketing digital de otros períodos."

Ordinal undécimo. - para este ordinal ofrece el siguiente texto:

"Que en el último cierre de consentimientos informados antes del despido la media de consentimientos informados era del 86,90%, siendo el porcentaje de Dña. María Angeles del 91,6%".

Ordinal duodécimo. - para que se precise que en el mes de enero las visitas reportadas por la actora fueron 20 en lugar de 1 y en el mes de marzo 163 en lugar de 5.

Ordinal decimotercero. - para que se precise que en los meses de enero y febrero de 2023 la actora registró su jornada diariamente.

Ordinal decimocuarto. - pretende que se suprima la frase que dice: "siendo así que los delegados deben hacer un objetivo del 90%".

Ordinal decimoquinto. - ofrece una nueva redacción del siguiente tenor literal:

"A principios de marzo de 2023 la actora se llevó un disgusto por seguir las directrices de la compañía, pues la directora del Hospital de León le recrimina a la demandante por haber asignado directamente las plazas de un congreso de ostomía, manifestándole que tenía que ser el centro el que asignara las plazas y no una casa comercial. Que existían en este caso cartas de invitación para todas las enfermeras estomaterapeutas del servicio, habiendo sido enviadas a la responsable del servicio para su remisión a la Dirección del Hospital, siendo las cartas de invitación en blanco pues debe ser el Centro quien las cubra".

Ordinal decimonoveno. - Para se añada una frase del siguiente tenor:

"formulando posteriormente denuncia por la discriminación" a continuación de la que expresa que -Poco antes del despido de la actora volvió a hablar con el Sr. Lucas -.

Ordinal vigésimo. - Persigue que se adicione el siguiente párrafo:

"En el apartado 15 que regula las ayudas a la formación: Las Empresas pueden proporcionar Ayudas a la formación, especificando la finalidad el destino de las mismas en el acuerdo que deberá firmarse con la organización receptora. Las Empresas garantizarán asimismo que el acuerdo incluye la posibilidad de comprobar que la Ayuda a la Formación otorgada se ha utilizado para el propósito previsto."

Ordinal vigesimoséptimo. - postula que se complete el miso con el siguiente párrafo:



"En dicho acto de conciliación y sin que ello se formulase de forma condicional concedida la palabra a la parte demandada COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S. A. manifiesta "que reconoce la improcedencia del despido, optando por indemnizarle en la cuantía que legalmente le corresponde".

Ordinal vigesimooctavo. - este nuevo ordinal tendría la siguiente redacción:

"La trabajadora Dña. María Angeles , ha recibido los pagos por incentivos tanto de ventas como de reporte de visitas, showpad (acceso al material de marketing), como rate hasta la fecha del despido, habiendo cumplido los objetivos de incentivos marcados por la empresa."

Ante ello, conviene recordar las reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo ( SSTS de 16-septiembre-2014, rec. 251/2013, 14-mayo-2013, rec. 285/2011 y 5-junio-2011,rec. 158/2010, entre otras) sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica, a saber:

- a).- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- b).- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.
- c).- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- d).- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rco 75/10 ; 18/01/11 -rco 98/09 ; y 20/01/11 -rco 93/10 ).

Insistiendo en la segunda de las exigencias, se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 - rec. 79/05 ; y 20/06/06 -rec. 189/04 ).

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto aquí debatido habrá que comenzar descartando las modificaciones postuladas para los ordinales séptimo y octavo, pues en apoyo de la pretensión revisora invoca prueba negativa; así para el ordinal séptimo se afirma que: "no existe ni una sola prueba de la obligatoriedad en la consecución de objetivos o en su caso de la obligatoriedad de cumplir con los llamados registros de actividad, registro de jornada, acceso a logins de material digital, suscripción de consentimientos informados, etc."; insistiendo en relación con el ordinal octavo en que: "no existe ni una sola prueba de los supuestos requerimientos sobre el registro de jornada realizados por D. Evaristo ".

La alegación de inexistencia de prueba suficiente "eficaz" a la que la doctrina se refiere como "obstrucción negativa", es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, exista una total y absoluta falta de prueba al respecto, no puede fundar la denuncia de un error de hecho ( SSTS 18-3-1991 y 3-4-1998). Y sin que, a tal efecto, quepa una valoración ex novo de toda la prueba practicada, STC 294/1993.

No otra consideración merece la revisión interesada para el ordinal noveno pues frente a la alegación de que: "no existen los correos de fecha 29 y 31 de octubre ni de 17 de febrero de 2023, sino que existe un único correo de 31 de octubre en el que D. Evaristo le dice a Dña. María Angeles "Buenos días, María Angeles . Tu nombre sigue sin aparecer a pesar de recibir notificaciones de ello, por favor me puedes decir cuál es el motivo?", lo cierto es en los documentos núm. 19 y 20 del ramo de prueba de la demandada incorporan los correos remitidos por el aludido Evaristo a la actora los días 31-10-22 y 22-2-2023; en el primer caso reenviando otro correo previo de 28-10-22 de Leoncio a Evaristo en el que le adjuntaba los datos de Showpad, y en el que efectivamente le recuerda que "Tu nombre sigue sin aparecer a pesar de recibir notificaciones de ello....."; en el segundo, reenviando otro de 17-2-23 de Leoncio en el que se adjuntaban los login de febrero, le dice "tienes las cifras más bajas de toda la compañía".

La misma suerte debe seguir la modificación postulada para el ordinal décimo, en el que de nuevo se extiende el recurrente en diversas consideraciones, sin invocar prueba documental alguna que avale la pretensión revisora. Carente de prueba, no puede acogerse una pretensión que cuestiona las facultades valorativas del Juez de lo Social, cuando se ejercitan conforme a la sana crítica.



En apoyo de la revisión instada para el undécimo de los ordinales invoca el recurrente un "pantallazo aportado por esta parte". Se trata de un listado sin firma, sello o rubrica que avale su contenido y que no ha sido valorado en su trascendencia probatoria por el juzgador a quo, que expresamente significa que: "el citado documento no puede tener valor a los efectos pretendidos por la trabajadora, habida cuenta de que no sabemos a qué periodo temporal se refiere". La alteración de la redacción dada por el órgano judicial de instancia no puede basarse en una distinta apreciación subjetiva de la parte recurrente, máxime si se tiene en cuenta que el juzgador a quo razona que el citado ordinal recoge la valoración de otras pruebas de índole personal, como la testifical, del Sr. Evaristo y de las Sras. Rosa y Elisenda, explicando la sentencia de instancia que dicho testimonio ofrece plenas garantías de objetividad, imparcialidad y credibilidad, cuya revisión no cabe hacer en esta alzada.

Se ha de acoger, por el contrario, la revisión instada para el ordinal duodécimo, pues de la documental unida al ramo de prueba de la actora resulta que (documento núm.15) en el mes de enero la actora reportó 1 día (20 visitas) y en marzo reportó 5 días (163 visitas); El documento núm. 16 indica el número de visitas registradas el día 21 de marzo y la hora en que lo hizo.

No obstante su aceptación, se ha de advertir a la parte que la revisión carece de la necesaria trascendencia para alterar el signo del fallo, pues lo que resulta de la misma es que la actora no registraba diariamente las visitas, que es en definitiva, la imputación que se le hace en la carta de despido y de la que se hace eco el juzgador quo, pues con tal forma de actuar la empresa no podía realizar el más mínimo control de su actividad; razona en tal sentido el juez de instancia en referencia a estos incumplimientos en materia de reporte de actividad que "la empresa exige que este reporte este actualizado diariamente, sirviendo a la empresa para controlar la actividad comercial de unos trabajadores que, por otra parte, carecen de un control directo".

Alega la recurrente, para fundamentar la modificación pretendida del ordinal decimotercero, que no está de acuerdo con la validez del documento que se aporta con los supuestos listado de enero a marzo de 2023 pero que, en cualquier caso, es evidente el error en la transcripción de los datos por el Juzgador, pues indica que en enero y febrero no registró la jornada en 31 ocasiones, cuando en el listado consta que las registró todas; ante tal planteamiento hemos de recordar que no es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1.985 y 5 de junio de 1.995).

Ya en referencia al ordinal decimocuarto señala que: "desconoce en qué documento se ha basado el Juzgador, para considerar obligación el reporte en 24 horas, y donde consta que esta obligación sea del 90% de las visitas, estableciendo además ello como hecho obligatorio, y no como hecho incentivado, pues esta parte no lo ha encontrado en ninguno de los documentos del procedimiento, ni el contrato, ni el convenio colectivo, ni en circular o instrucción de tipo alguno", forma de razonar que, como ya hemos dicho y ahora reiteramos, es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo ( SSTS de 14 de enero, 23 de octubre de 1986 y 17 de noviembre de 1990) que de forma reiterada ha venido negando que la llamada "prueba negativa", consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador, sea un instrumento idóneo para demostrar el error de hecho.

Tampoco puede tener éxito la postulada revisión del ordinal decimoquinto pues en apoyo de tal objeto se aduce la documental aportada con el recurso y que, por las razones más arriba expuesta, no ha resultado admitida y, por lo tanto, no cabe incluir en el apartado de hechos la manifestación de algo que no ha quedado acreditado en el proceso.

Como ya señalara el juzgador a quo al analizar la pretensión relativa a la declaración de nulidad del despido: "El documento nº 11 de los aportados al ramo de prueba de la parte demandada no puede ser tenido en cuenta a los efectos que la parte pretende: los correos electrónicos dirigidos a la central en Dinamarca son muy posteriores al despido (el primero de ellos, del 8 de abril, cuando ya se había presentado incluso la papeleta de conciliación contra el despido). Y, aun cuando admitiéramos como válida la denuncia a Dinamarca, de la que no consta que se haya dado ningún cauce conforme a los procedimientos internos de la multinacional, lo cierto es que la misma está datada el 22 de marzo de 2023, fecha de efectos del despido y posterior al conocimiento del mismo por la actora. Desde el punto de vista de la lógica humana es imposible relacionar como represalia una actuación posterior a la supuesta consecuencia"; lo que en definitiva conduce al rechazo de la modificación propuesta pues, sobre que el dato ya ha sido valorado en la resolución de instancia, su introducción en el relato histórico a nada práctico conduciría.

La modificación del hecho probado vigésimo se apoya en el apartado 15 del Código ético de FENIN relativo a las donaciones benéficas y ayudas a la formación, pero de todas maneras se considera que son simples puntualizaciones o matices y recordemos que, como ha indicado el TS en su sentencia de 9-12-03





(rec.105/2002), la modificación del relato de los hechos no se puede basar en dichas circunstancias, siendo que las deducciones que se quieren extraer son eso, deducciones que tampoco pueden motivar la revisión.

Lo mismo cabe decir en relación con el hecho probado vigesimoséptimo, cuya revisión se apoya en aquello que consta en el acta de conciliación ante el UMAC, pues nos encontramos ante nuevos matices, puntualizaciones o precisiones que no son idóneas para provocar una estimación del recurso.

Por último, hemos de recordar que la valoración del conjunto de la prueba le corresponde al Juzgado de instancia ( Art. 97.2 LRJS ), no al tribunal de suplicación y, en consecuencia, no cabe una cita genérica e indiscriminada de una pluralidad de pruebas documentales o periciales; no es admisible que la parte recurrente mencione genéricamente una pluralidad de documentos o pericias, sin explicitar cómo evidencian el error fáctico de instancia, sino que debe remitirse a unas concretas e individualizadas pruebas documentales o periciales. En cualquier caso, conforme una consolidada doctrina de suplicación, las nóminas o recibos de salarios no son documentos hábiles para propugnar, con éxito, la revisión del relato fáctico, lo que conduce a descartar la incorporación de un nuevo ordinal vigesimooctavo.

**QUINTO:** En sede de censura jurídica denuncia el Letrado recurrente, en el motivo tercero del recurso, la violación de los Arts. 54.2 apartados d) y e) en relación al art. 49 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y de los Arts. 69. 3, 69. 14 Y 71.3 del convenio colectivo del Sector del Comercio Vario de Madrid.

Alega en sustancia que la actora no ha cometido ningún tipo de incumplimiento de las obligaciones fundamentales de su contrato de trabajo, nada se le ha imputado al respecto ni en la carta de despido ni en la sentencia, que se centran únicamente en el cumplimiento o incumplimiento de cuestiones accesorias objeto de incentivos, sin carácter obligatorio ni esencial en su trabajo; tal sería el caso de los protocolos, sobre registro de jornada, reporte de visitas, conexiones a material digital etc., es decir, meros actos administrativos que, además, es incierto que no los haya realizado, ni que su número o porcentaje sea inferior al de los otros comerciales, como tampoco lo es que la empresa haya determinado la obligatoriedad de su cumplimiento.

En concreto sobre el incumplimiento del registro de jornada alega que el programa WOFU, que es el dispuesto por la empresa para aquel registro, funciona automáticamente con el acceso del teléfono móvil de la empresa. Lo que pasa es que, con las jornadas infinitas de los delegados de ventas, la empresa les exige que las corrijan y las confirmen con el máximo legal de las 8 horas diarias. Que su mandante siempre ha registrado la jornada, y periódicamente cuando se lo exigen corrige y confirma los cambios.

Respecto al incumplimiento al acceso al material digital de marketing Showpad, insiste en que no existen los correos remitidos por D. Evaristo a Dña. María Angeles, requiriéndola para que cumpliera con los parámetros fijados.

Tampoco existieron incumplimientos en materia de consentimiento informado, pues no se aportó ninguna prueba que los corrobore y, además, son contradictorios con el último pantallazo que se remitió a su representada sobre los incentivos, con un porcentaje de consentimientos del 91 %. Y lo propio cabe decir del reporte de visitas, en que existe un total y absoluto error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia, pues una cosa es la obligación y otra muy distinta incentivar para que los reportes se hagan en las siguientes 24 horas.

Sobre los supuestos incumplimientos en asignación de becas, considera que no es cierto que haya existido incumplimiento alguno por parte de la trabajadora, tal como se acredita con la prueba documental aportada junto con el escrito de formalización del recurso.

A lo que se ve la recurrente muestra su disconformidad con la apreciación de instancia alegando que existe un error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador a quo y, al razonar así, da por sentado algo que, a la vista del relato histórico de la resolución impugnada, no lo está; en otras palabras, la recurrente no se atiene a los hechos declarados probados en el relato histórico de la resolución impugnada que expresamente considera:

- a) que ha resultado acreditado que la actora no cumplía con el registro de visitas y ello pese a que fue requerida reiteradamente por sus superiores; de hecho es la única trabajadora en la que la columna de las visitas reportadas después de las 24 horas es más abultada que las reportadas en 24 horas.
- b) que también han resultado probados los Incumplimientos en materia de marketing digital; existiendo una sensible diferencia con otros trabajadores en cuanto a las descargas de la publicidad .
- c) que también ha acreditado la empresa, a través del testimonio de las Sras. Rosa y Elisenda y del Sr. Evaristo, los incumplimientos en materia de consentimiento informado.





d) que lo propio cabe decir de los incumplimientos en materia de reporte de actividad; siendo así que la empresa exige que este reporte este actualizado diariamente, pues es el único mecanismo del que dispone para controlar la actividad comercial de unos trabajadores que carecen de un control directo.

e) que ha resultado acreditado que la actora no cumplía puntualmente con la obligación de registrar la jornada, habiendo sido requerida en numerosas ocasiones para que lo hiciera.

f) se afirma, por último, que la actora reconoce que desde la dirección del hospital se le recriminó por haber elegido a quiénes se formaba a través de las becas, siendo así que las mismas deben ser otorgadas a través del hospital de acuerdo con el protocolo FENIN.

De acuerdo con una añeja doctrina de la Sala IV, (SSTS de 28 de febrero y 6 de abril de 1990, 16 de mayo de 1991 y 2 de abril de 1992) " ... Las infracciones que tipifica el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, para erigirse en causa 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, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado art. 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente".

Ello es así porque la singularidad de cada caso dota al mismo de unos contornos propios y diferenciados, por ello a la hora de valorar cada hecho concreto habrá que comprobar si concurren o no circunstancias que afecten a la intención o concurren en la persona del trabajador y que puedan modificar su responsabilidad, la entidad o magnitud del daño causado, la habitualidad o el carácter meramente incidental de la conducta, la trascendencia y repercusión que el incumplimiento laboral haya podido tener en el funcionamiento de la empresa etc.

En referencia a la indisciplina o desobediencia en el trabajo, consideradas como un incumplimiento contractual en el Art. 54.2, b) del Estatuto de los Trabajadores, constituyen la vertiente negativa del deber básico del trabajador de "cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas" - artículo 5,c) ET- y de su obligación de "realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien delegue" ( art. 20.1 ET); y una reiterada jurisprudencia, ( SSTS de 28 de diciembre de 1989, 19 de febrero de 1990 y 23 de enero de 1991, entre otras) pone de relieve que la desobediencia admite matices y graduaciones al efecto de aplicar o no la sanción de despido, debiéndose de reservar este para aquellos incumplimientos dotados de una especial significación por su carácter grave, trascendente e injustificado, así en la última de las citadas puede leerse que: " la doctrina de la Sala en materia interpretativa del art. 5. c) y 54.1.b) del Estatuto de los Trabajadores...viene exigiendo que para que una desobediencia en el trabajo sea susceptible de ser sancionada como despido, que se trate de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente disciplinaria, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concorra una causa incompleta de justificación, puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo".

De esta doctrina se hace eco el Art. 66.2 del convenio colectivo del Comercio Vario de la Comunidad de Madrid para los años 2022, 2023, 2024 (BOCM 24/5/2023), que expresamente tipifica como falta grave "La desobediencia a la dirección de la empresa o a quienes se encuentren con facultades de dirección u organización en el ejercicio regular sus funciones en cualquier materia de trabajo. Si la desobediencia fuese reiterada o implicase quebranto manifiesto de la disciplina en el trabajo o de ella se derivase perjuicio para la empresa o para las personas podrá ser calificada como falta muy grave."

**SEXTO:** En el supuesto considerado prescindiendo de si las excusas ofrecidas por la trabajadora para explicar su anómalo proceder, argumentando que se trataba del incumplimiento de unos protocolos de carácter meramente administrativo, pueden alcanzar el nivel de una causa de justificación incompleta, lo que ya a primera vista se adivina como muy remoto, lo cierto y verdad es que todas y cada una de las imputaciones realizadas en la carta de despido tal como tuvo ocasión de señalar el juzgador a quo resultaron acreditadas.

Así se constató que la actora había sido requerida en numerosas ocasiones para que cumpliera con la obligación de registrar la entrada y salida del trabajo, sin que cumpliera con ello, en concreto en los meses de enero y febrero de 2023, contraviniendo aquellos requerimientos, la actora no registro la jornada en 31 ocasiones.

Como es sabido el 8 de marzo de 2019 (día de su publicación en el BOE) entra en vigor el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo (EDL 2019/6974), de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo; norma que en su expositivo V de su Preambulo expresamente se remite (como argumento favorable a su trasposición) a la interpretación que debe efectuarse de la Directiva



2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 , "relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (y que) se viene manteniendo desde las instituciones europeas, en concreto desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (STSJUE de 14 de mayo de 2019 dictada por la Gran Sala, en el asunto C-55/18).

En cumplimiento de dicho mandato nuestro legislador modificó el párrafo 7 del mencionado artículo 34 para introducir una genérica referencia a las "(...) especialidades en las obligaciones de registro de jornada , para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran"; adicionando un nuevo apartado (9) según el cual "La empresa garantizará el registro diario de jornada , que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social". Tipificando el Art. 7.5 de la LISOS como infracción grave la transgresión de las normas sobre registro de jornada del Art. 34 del Estatuto de los Trabajadores.

En otras palabras, con el establecimiento de un sistema de registro de jornada la empresa no estaba aprobando un protocolo administrativo, sino dando cumplimiento efectivo a una obligación legal y, en consecuencia, la negativa de la actora, contraviniendo los reiterados requerimientos de sus superiores, a ejecutar las ordenes impartidas en tal sentido integra el supuesto de indisciplina tipificado y sancionado en los Arts. 66 y 71 del convenio colectivo.

Pero es que tal comportamiento se repite en relación con la obligación de reportar diariamente las visitas a los clientes, obligación que también le fue recordada por sus superiores reiteradamente, pues siendo este el único mecanismo del que dispone la empresa para controlar la actividad desarrolla por sus trabajadores, si la trabajadora no las reporta o reporta en un solo día todas las visitas realizadas durante el mes, como en enero de 2023, conseguía que la empresa no pudiera realizar el más mínimo control y seguimiento de la actividad por ella desplegada.

Consta acreditado asimismo que la actora, pese a las ordenes que en tal sentido le transmitió el Sr. Evaristo , tampoco dio cumplida satisfacción a la obligación de realizar un número mínimo de "logins" o descargas digitales; así por ejemplo en el correo de 31-10-22 el Sr. Evaristo , reenviando otro correo previo de 28-10-22 del gestor de datos D. Leoncio en el que le adjuntaba los datos de Showpad, le advertía a la actora que su nombre no aparecía siquiera en los listados de descargas (login) con las demostraciones de productos a los clientes, lo que evidencia que no hacía esta tarea fundamental de su trabajo. De hecho, en el año 2022 fue la única trabajadora, junto con otra compañera, que no experimentó incremento alguno en su salario.

Idéntica valoración merecen los parámetros de la actora respecto de los consentimientos informados de cada uno de los clientes (enfermeros/as) para que éstos autorizasen o consintieran el envío de información comercial sobre los productos de Coloplast, con el fin de evitar que la empresa pudiera incurrir en vulneración de la ley de protección de datos personales y que, en el caso, de la recurrente, pese a que informaba al sistema que los clientes sí habían otorgado el consentimiento, o bien faltaban tales documentos o no existían o no los había adjuntado.

El mismo proceder se aprecia en relación con la observancia del código ético de FENIN, cuyo incumplimiento le fue reprochado incluso por la directora del Hospital de León al elegir nominalmente a las beneficiarias de unas plazas para asistir a un congreso de ostomía, en lugar de otorgarlas a través de la dirección hospitalaria como viene reglado en aquel código de buenas prácticas entre la industria y los profesionales y organizaciones sanitarias.

Tales comportamientos no cabe duda de que encuentran acomodo adecuado en el tipo del Art. 66.2 de la norma paccionada, y por su reiteración, generalización y afectación a terceros, con quebranto del prestigio ético de la empleadora, debe ser calificado como infracción muy grave.

Dispone en tal sentido el Art. 20.2 del Estatuto de los Trabajadores que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato de trabajo, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y la órdenes e instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. Aparece así configurado como un modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales, y, junto al deber empresarial de abono puntual y total del salario, al trabajador le incumbe el de la realización de su prestación en el tiempo establecido, de tal modo que al igual que el incumplimiento por el primero supone el derecho del segundo para rescindir la relación con la indemnización correspondiente



- artículo 50-1 b) y 2 del Estatuto de los Trabajadores - el de éste implica, cuando de faltas repetidas e injustificadas se trata, el incumplimiento contractual grave y culpable que el aludido artículo 54.2.b) del mismo Estatuto de los Trabajadores califica como indisciplina y valora como causa de despido disciplinario.

Concurre, en definitiva, la gravedad exigida para considerar que el comportamiento de la recurrente sancionado con el despido fue grave y culpable, y atendiendo a las circunstancias del caso, no deviene aplicable la teoría gradualista que se postula al haber interpretado el Juzgador correctamente la conducta de la trabajadora a través de la valoración conjunta de la prueba practicada.

Se impone suma la confirmación de la sentencia recurrida, que declaró la procedencia del despido de que fue objeto la actora, por los que son sus propios y fundados argumentos.

**SEXTO:** La desestimación del recurso de suplicación de quien goza del beneficio de justicia gratuita y no ha litigado con temeridad, impide la condena en costas ( Art.235 L.R.J.S.).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la dirección letrada de D<sup>a</sup>. María Angeles contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón de fecha 12 de junio de dos mil veintitrés, en los autos núm. 247/2023, resolviendo la demanda por despido instada por la recurrente contra la empresa "COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS S.A.", habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución judicial recurrida. Todo ello sin que proceda hacer expresa condena en costas.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que:** fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguidos de otros 6: los cuatro primeros conforman el nº de rollo -empezando por ceros si es preciso-, y después otros 2, que corresponden a las dos últimas cifras del año del rollo. Es obligado indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho, y rellenar al campo concepto aludido.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, cuando obedezcan a otros recursos de la misma o distinta clase, debe contar -en el campo de observaciones- la fecha de la resolución recurrida el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

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