



Roj: **STS 8831/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:8831**

Id Cendoj: **28079140012007101581**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/2007**

Nº de Recurso: **302/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOAQUIN SAMPER JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil siete.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de CAPRABO, S.A. contra sentencia de 20 de diciembre de 2006 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 28 de abril de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 13 en autos seguidos por D. Narciso frente a CAPRABO, S.A. sobre despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 28 de abril de 2006 el Juzgado de lo Social de Madrid nº 13 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando la demanda interpuesta por D. Narciso frente a la empresa CAPRABO SA, debo: 1º.- Declarar procedente el despido efectuado. 2º.- Convalidar la extinción de la relación laboral, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. 3º.- Absolver a la empresa Caprabo SA de los pedimentos formulados en su contra"

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El actor, D. Narciso, ha prestado sus servicios por cuenta de la empresa Caprabo SA con una antigüedad del 1.2.86, categoría de encargado general, y con un salario mensual de 2.593,85 euros con prorrata de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- El centro en que ha prestado servicios es la tienda 2144, sita en la c/ Pedro Muguruza nº 5, de la que es el máximo responsable. TERCERO.- Sobre las 21:30 horas del 29.12.05 Eduardo (inspector de vigilancia de la empresa de seguridad PROVINEN) se acercó al actor a la tienda en que prestaba servicio. Como el actor llevaba unas bolsas de la empresa demandada con determinados productos, le pidió que le enseñase el contenido de las bolsas y el ticket de compra. El actor le enseñó el contenido de las bolsas (contenían tres botellas de coca-cola de 1 litro, tres botellas de vino "Torre Legata" y un paquete de bolsas de basura de la marca Albal) y poniéndose nervioso (estaba tembloroso y sudoroso) dijo que no tenía ticket de compra pero que no era necesario porque se trataba de productos de promoción de la tienda, dando evasivas sobre la razón de llevar el producto. Eduardo se acercó al actor de paisano, identificándose como inspector de seguridad. Cuando se acercó a él ya le había visto salir de la tienda y cerrar. En el punto donde le paró ya se había pasado el itinerario para ir a los contenedores de basura (para los cuales hay que desviarse a la izquierda desde la tienda, en otra dirección a la que tomó el actor y donde fue parado por el inspector de seguridad). Ante esas evasivas el inspector de seguridad avisó al inspector de zona ( Jesús Carlos ), que tardó en llegar unos veinte minutos. CUARTO.- Al principio el actor dijo al inspector de zona que los que llevaba en la bolsa eran productos promocionales, y luego -ya más tranquilo- añadió que pensaba tirarlos a la basura. QUINTO.- El destino de los productos de promoción asociados a otros productos destinados a la venta y que finalmente no son vendidos es muy variado: desde regalarlo a los clientes o destinarlo al consumo interno (como las bolsas de basura), hasta formar un nuevo pack o lote de promoción. Solo se tiran a la basura los productos de promoción caducados, deteriorados o no aptos para el consumo. Las botellas de coca-cola que llevaba el actor en las



bolsas venían ya del proveedor unidas con film a un producto. SEXTO.- En la empresa existe una normativa interna por la que se prohíbe a sus empleados el llevarse productos promocionales. En concreto, el actor firmó el 11.12.04 el siguiente "comunicado interno": "Compras de Personal. Siempre que se realicen compras personales, éstas deberán efectuarse fuera del horario laboral y sin vestir el uniforme de trabajo (durante la jornada sólo se podrán efectuar con la autorización del Jefe de Planta) y deberán ser siempre abonadas inmediatamente. Así mismo, ningún empleado podrá cobrar su propia compra o la de sus familiares y en las secciones de frescos las compras tendrán que estar verificadas por el Titular de la Sección (y, en su ausencia o cuando sean compras del propio Titular, por el Jefe de Planta o el Adjunto de Planta). En cualquier momento, las compras de los/as trabajadores/as podrán ser objeto de revisión por parte de superiores jerárquicos de la compañía o personal autorizado a tal efecto. Producto de la Tienda. Está terminantemente prohibido tanto el consumo como la obtención para uso particular de productos de la tienda, con independencia del producto y su cantidad, incluso si estuviera deteriorado, no fuera apto para la venta o fuera producto de promoción." SÉPTIMO.- Mediante carta de fecha 5.1.06 la empresa comunicó al actor su despido disciplinario "a partir del día de la fecha". Esta carta obra en autos (doc. 2 de la demanda) y su tenor se tiene aquí por reproducido".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el demandante ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la cual dictó sentencia en fecha 20 de diciembre de 2006 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "En virtud de cuanto antecede, procede la estimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid de fecha veintiocho de abril de dos mil seis, en autos nº 124/2006 seguidos a instancia de D. Narciso contra CAPRABO, S.A., y revocar la sentencia de instancia, y declarar la improcedencia del despido de fecha 05/01/06, condenando a la mercantil CAPRABO, S.A., a estar y pasar por tal declaración, y a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte entre la readmisión o el abono de una indemnización cifrada 76.743 €, así como otra cantidad equivalente a la suma de los salarios dejados de percibir, conforme al artículo 56 del RDL 1/1995, de 24 de marzo, a razón de 85,27 €/día. Y ello, sin hacer especial pronunciamiento de costas, ni en materia de depósitos y consignaciones, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 233 y 227.4 del RDL 2/1995, de 7 de abril, al gozar el trabajador recurrente del Beneficio de Justicia Gratuita".

CUARTO.- Por la representación procesal de CAPRABO, S.A. se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de marzo de 2006.

QUINTO.- Por providencia de fecha 12 de julio de 2007 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo improcedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2007, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tanto la sentencia recurrida, de 20 de diciembre de 2006(4504/06) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como la ofrecida para la contradicción, que la misma Sala dictó el 27 de marzo de 2006 (rec. 555/06) se pronuncian sobre despidos de trabajadores acordados por la empresa "Caprabo S.A." al descubrir que aquellos se habían llevado del establecimiento en el que prestaban servicios diversos artículos destinados a la venta sin abonarlos, en contra del comunicado interno, firmado por ellos, en el que se prohíbe expresamente "tanto el consumo como la obtención para uso particular de productos de la tienda", salvo que se cuente con la previa autorización del superior y se abonen inmediatamente. Y mientras que la referencial confirma la procedencia del despido de la trabajadora, la ahora recurrida revoca la resolución de instancia y declara la improcedencia de la decisión empresarial.

No obstante, y pese a la evidente similitud de los contenciosos, no es posible apreciar, como vamos a ver a continuación, la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas, presupuesto imprescindible para que la Sala hubiera podido examinar y resolver la cuestión de fondo planteada.

SEGUNDO.- Es sobradamente conocida la doctrina de esta Sala en relación con el requisito que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre la sentencia que se impugna y otra de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque aquella no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales en hechos, fundamentos y pretensiones (sentencias de 27 y 28-1-92 (recs. 824/91 y



1053/91), 18-7, 14-10 y 17-12-97 (recs. 4067/96, 94/97 y 4203/96), 17-5 y 22-6-00 (recs. 1253/99 y 1785/99), 21-7 y 21-12-03 (recs. 2112/02 y 4373/02) y 29-1 y 1-3-04 (recs. 1917/03 y 1149/03) entre otras muchas ).

Esa exigencia de igualdad fáctica restringe acusadamente la viabilidad del recurso de unificación de doctrina en aquellos tipos de controversias, como son los despidos, en que la decisión judicial se sustenta sobre una valoración individualizada de circunstancias de hecho (ss. de 18 de mayo de 1.9992 (rcud. 1492/01), 15, 29 y 30 de enero de 1997 (rcud. 3827/95, 3461/95 y 952/96), 6 de julio de 2004 (rcud. 5346/03), 9 de julio de 2004 (rcud. 3496/02), 24 de mayo de 2005 (rcud. 1728/04) y 10 de julio de 2006, (rcud. 1123/05) entre otras). Y profundizando en esa línea la Sala ha señalado en relación con los despidos disciplinarios, que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, lo que no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico, pues "para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es "grave y culpable" se deben, como regla, valorar todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece" (sentencia, por todas, de 13-11-00, rcud 4391/99 ).

A este respecto, resulta especialmente significativa la sentencia de 16 de julio de 1991 (rcud 110/91 ) que señala que "...la conducta del trabajador que, en definitiva, es lo que se juzga en un proceso por despido disciplinario, difiere en cada uno de ellos; lo cual, por otra parte, resulta obvio, sin necesidad de entrar en un análisis comparativo de dichas conductas en uno y otro caso; porque de suyo, el comportamiento del ser humano ante circunstancias concretas y, por tanto, diferentes en el tiempo y en el espacio de otras que, por mucho que sea su similitud nunca podrán ser iguales, tampoco podrá ser equiparado y homologado en forma alguna con el de otra persona, en estas circunstancias". Por su parte las mucho mas recientes de 3-7-07 (rcud. 2486/06) señalaban, resolviendola última un caso muy similar al actual, que, en realidad, lo que evidencia dicha doctrina "es algo que afecta, de manera profunda, a la propia función de este recurso como instrumento de unificación jurisprudencial. Ese instrumento no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación".

TERCERO.- La expresada doctrina sigue siendo válida para este caso. En efecto, se pide a la Sala un pronunciamiento sobre si es o no aplicable a las faltas de "trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo" del art. 54.2 d) ET , la conocida como "doctrina gradualista" que obliga a valorar las peculiares circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en cada caso.

La Sala de suplicación mantuvo en la sentencia referencial la tesis de que en el tipo de conductas como el que enjuiciaba "la pérdida de confianza, por su especial y esencial naturaleza, no admite grados de valoración.... no siendo de aplicación la doctrina gradualista"; y pocos meses después, en la sentencia recurrida y ante hechos muy semejantes, se apartó de su anterior criterio sin dar razón fundada de tal cambio, y aplicó, sin ambages, dicha doctrina gradualista como "ratio decidendi" de su decisión, lo que le llevó a declarar la improcedencia del despido en atención a las circunstancias subjetivas que concurren el en caso.

No nos corresponde en esta fase procesal, pronunciarnos sobre el grado de acierto de la decisión adoptada. Pero si afirmar, en línea de principios, que la jurisprudencia de esta Sala, tanto en casación por infracción de ley como en unificación de doctrina, (ss. de 12-9-86, 9-12-87, 17-11-88, 13-2-90, 28-2-90. 16-5-91, 16-10-91 (rcud. 610/90), 30-5-92 (rcud. 1285/91), 2-11-92 (rcud. 387/92), 10-11-98 (rcud. 524/98), 13-11-00 (rcud. 4391/99), entre otras muchas) tiene establecido que también en los despidos amparados en el art. 54.2.d) ET , deben ser atendidas las circunstancias subjetivas y objetivas que acompañan al hecho imputado para poder valorar la gravedad de la falta. Y aunque es cierto que ha señalado, en relación con las circunstancias objetivas consideradas en si mismas, que "no es bastante, para degradar la gravedad de la falta cometida por el trabajador la escasa entidad económica de lo apropiado" (ss. de 1 y 6-6-87 y 22-11- 89, que cita la recurrente), ello no supone una autorización para obviar la adecuada ponderación de las circunstancias subjetivas, que sigue siendo siempre necesaria de acuerdo con nuestra doctrina.

Como quiera que las circunstancias subjetivas que concurren en los casos comparados son muy diferentes, es claro que no cabe hablar de contradicción, puesto que en referencial se trata de una trabajadora, con categoría de limpiadora y antigüedad de cuatro años, mientras que en la recurrida, el trabajador ostenta la categoría profesional de encargado general y máximo responsable del establecimiento que ha prestado servicios durante casi 20 años para la empresa sin ningún tipo de tacha o incidente reprochable; y ha sido precisamente esas especiales circunstancias profesionales de su autor, que no concurren en la referencial,



las que ha tomado en consideración la sentencia recurrida para deducir de ellas que no era procedente la sanción impuesta.

CUARTO.- Finalmente cabe señalar que el recurso, centrado en determinar si es o no de aplicación a las faltas de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza la teoría gradualista, sería igualmente inviable por falta de contenido casacional, del que carecen los que se interponen contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo al quedar con ello ya cumplida la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina, que es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social (ss. de 14-12-96(rcud. 3344/95), 21 y 23-9-98 (rcud. 4273/97 y 2431/97), 27-10-98 (rcud. 3616/97), 16-6-03 (rcud. 2835/01), 18-12-04 (rec. 5193/03), 3-12-04(rcud. 6052/03) y 30-9-05 (rcud. 38214/04), entre otras muchas). Y como se desprende de lo antes dicho, es lo cierto que la sentencia recurrida al aplicar dicha teoría ha decidido de acuerdo con la doctrina unificada.

La ausencia del presupuesto de la contradicción y la falta de contenido casacional constituían ya inicialmente causas de inadmisión del presente recurso de casación unificadora (art. 223 LPL ), y devienen, en el momento de dictar sentencia en causas para su desestimación, como propone el Ministerio Fiscal en su informe. Y en ese sentido debe fallar la Sala condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta sede (art. 233.1 LPL ) y a la pérdida del depósito efectuado para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de CAPRABO, S.A. contra sentencia de 20 de diciembre de 2006 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 28 de abril de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 13 .

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta sede y a la pérdida del depósito efectuado para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.