



Roj: **STSJ AND 1920/2014 - ECLI: ES:TSJAND:2014:1920**

Id Cendoj: **29067340012014100219**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **09/01/2014**

Nº de Recurso: **1489/2013**

Nº de Resolución: **41/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAUL PAEZ ESCAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA**

**Recursos de Suplicación 1489/2013**

**Sentencia Nº 41/14**

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,**

**ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ**

En la ciudad de Málaga a nueve de enero de dos mil catorce

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente:

### **S E N T E N C I A**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Eugenia contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº5 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por Eugenia sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado MINISTERIO FISCAL y **MERCADONA** S.A. habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 10 de Junio de 2013 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

1.- D.<sup>a</sup> Eugenia con D.N.I. NUM000 ha venido prestando servicios para **MERCADONA** S.A desde el día 4.01.1995 con la categoría de gerente A percibiendo un salario de 1.674,59 euros mensuales incluida prorratea de pagas extras .

2.- La actora trabajaba como gerente en el área de carnicería , siendo norma de la empresa que los productos perecederos se arrojan a unos bidones denominados de cebo y se apuntan como rotura , no pudiendo los trabajadores realizar ofertas no autorizadas .La empresa marca objetivos entre otros por ventas y si se aprueba una entrevista se percibe una prima.

3 .- El día 9 de noviembre de 2012 D.<sup>a</sup> Eugenia cogió una bandeja de cuartos traseros de pollo con la fecha cumplida , la abrió y la puso en el mostrador a la venta mezclándolos con otros productos.

4 .- El día cinco de diciembre de 2012 la actora manifestó a la coordinadora que había vendido todo el cochinillo , sin embargo anotó como rotura seis kilos de cochinillo que no se encontraron en el bidón de cebo al realizar



la comprobación del mismo al día siguiente hábil , siete de diciembre , alegando D<sup>a</sup> Eugenia que los había regalado a un cliente para que comprara más.

5.- La actora fue despedida el día 19.12.012 mediante carta.

6.- Que se ha celebrado Acto de Conciliación ante el C.M.A.C. de Málaga con fecha 28.01.013 con el resultado de terminada sin avenencia en virtud de demanda formulada el día 10.01.013.

7.- Que la demanda se ha interpuesto con fecha 29.01.013.

**TERCERO.-** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandante, así D<sup>a</sup> Eugenia , prestaba servicios para la entidad demandada **MERCADONA S.A.**, siendo que en el devenir de tal relación laboral, y en fecha 19.12.2012, se le comunicó la extinción de su contrato de trabajo por causa de despido disciplinario adoptado por la entidad empleadora demandada.

Impugnada la regularidad y acomodo legal de tal decisión, la sentencia recurrida desestima la demanda por despido interpuesta, catalogando al mismo como procedente con los efectos legales de ello derivados, alzándose frente a la misma la parte demandante y hoy recurrente que, a través del recurso interpuesto, solicita se declare la improcedencia de la extinción acordada.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia, y ello a fin de interesar la modificación del contenido del hecho probado tercero, a fin de hacer constar en el mismo el contenido que propone que incide en el hecho de que el contenido del hecho declarado como probado lo es "...según sostiene la gerente D<sup>a</sup> Zaira en delación suscrita el 12.12.2012..."

La doctrina jurisprudencial es inequívoca ( STS 05.10.2010 , 10.12.2009 y 05.11.2008 entre otras muchas) respecto del error en la apreciación de la prueba, señalando que "...para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico; b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos; d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia..."

Junto a ello ha de tenerse presente que en esta fase ya no estamos ante una valoración inicial de la prueba practicada -que compete al Juzgado, con carácter exclusivo- sino ante la revisión de las concurrentes en autos y presentadas al Juzgado de lo Social, a fin de dictaminar si la sentencia impugnada, al valorar la prueba practicada, incurrió en un error evidente, al existir prueba documental o pericial que así lo ponga de manifiesto.

Ello igualmente encuentra refrendo expreso en la doctrina jurisprudencial ( STS 21.10.2010 y 13.07.2010 entre otras muchas) que viene a denegar la posibilidad de que por vía de la revisión de hechos probados se plantee y pretenda realmente por la parte recurrente la propia valoración de la prueba, desarticulándola, para dar prevalencia a unos elementos sobre otros, indicando al efecto que "...con esta forma de articular el motivo que nos ocupa claramente se conculca la doctrina de esta Sala (Sentencias de 26 de Septiembre de 1995 y 24 de Mayo de 2000 entre otras muchas)... [pues] ...esta forma de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (en este caso a la Sala a quo), por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica..."

Aplicando tales presupuestos al supuesto que nos ocupa entiende la Sala que la pretensión revisora de la parte recurrente habrá de ser íntegramente desestimada por esta Sala, y ello preferentemente por sustentarla en lo que no es sino una valoración subjetiva del contenido de la prueba documental practicada que por otra parte choca frontalmente con la propia valoración probatoria efectuada por el Juzgado de otras pruebas practicadas, preferentemente de índole testifical, conforme a las cuales el Juzgado extrae como probado la certeza del hecho ahora contrariado, tal y como dictamina en el último párrafo del fundamento de derecho segundo que



reseña de manera explícita que el contenido del hecho tercero ahora combatido "...queda acreditado por la testifical practicada...".

**TERCERO.-** La parte recurrente denuncia finalmente, con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, incurrir la sentencia impugnada en infracción del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 34.c).1 del Convenio Colectivo de la entidad demandada.

En desarrollo de tal motivo viene a indicar que el comportamiento vulnerador de las normas contractuales aplicables que le es achacado no solamente no puede entenderse acreditado en autos y por tanto ha de reputarse de inexistente, sino que incluso caso de entenderse concurrentes ni implicaría una transgresión de la buena fe contractual ni entrañaría una entidad tal como para ser merecedor de la sanción de despido impuesta, indicando con ello no constar acreditada actuación reprochable alguna de entidad suficiente para integrar la causa de despido esgrimida, invocando con ello finalmente ser de aplicación al caso de autos la teoría gradualista o principio de proporcionalidad entre infracción y sanción.

El artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el contrato de trabajo podrá extinguirse mediante despido basado en incumplimiento grave y culpable del trabajador, considerándose incumplimientos contractuales según el artículo 2.d) la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del cargo. Como constante jurisprudencia tiene establecido, la buena fe viene establecida como principio general del derecho con carácter general por el artículo 7.1 del Código Civil y como norma de actuación que integra el contenido de los contratos ( artículo 1258 Código Civil ) viene exigida específicamente como deber laboral básico del trabajador por el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 22 del mismo cuerpo legal como regla específica que ha de regir las relaciones de trabajador y empresario. En tanto principio jurídico informa el nacimiento, perfección y desarrollo de todo negocio jurídico ( STS 5/5/87 ), constituye una norma ética de conducta exigible naturalmente y conforme a las normas sociales de comportamiento, que deben ser interpretadas conforme a la conciencia social del momento ( artículo 3.1 del Código Civil y STS 8/7/87 ), y que integran un " *comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual* " ( STS 27/12/87 ), o " *un deber ético jurídicamente protegido* " ( STS 5/5/87 ), dado que sin tal actuación honrada y leal la convivencia humana y profesional se hace totalmente inviable ( STS 27/12/87 ). En definitiva es una norma que obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos de una conducta ética, significada por los valores de lealtad.

Conforme a constante jurisprudencia, es imprescindible realizar una tarea individualizadora de la conducta del trabajador en cada caso para determinar si en virtud de los datos objetivos y subjetivos concurrentes -conducta observada, antigüedad, puesto desempeñado, contenido de la infracción etc.- y con ello el recíproco comportamiento del empresario y el trabajador, procede o no acordar la sanción de despido, por la proporcionalidad entre la falta y la sanción ( STS 12/9/86 , 2/2/87 , 13/11/87 , por todas).

Según reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo "*... la buena fe es consustancial al contrato de trabajo que, por su naturaleza sinalagmática, genera derechos y deberes recíprocos y de mutua fidelidad entre empresario y trabajador, como una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual ...*" ( sentencia de 26 enero 1987 ); y que, debiendo "*... ser cumplidos por cualquier trabajador, lo deben ser con mayor escrupulosidad y rigor por quienes ejercen cargos de suma confianza, dada su categoría profesional en la empresa a que pertenecen ...*" ( Sentencia de 25 febrero 1984 ); por lo que la comisión de la falta se produce por el solo "*... quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral ...*" ( sentencias de 26 mayo 1986 y 26 enero 1987 ), con independencia del daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa ( sentencia de 30 octubre 1989 ).

**CUARTO.-** Examinando la concurrencia en autos de los motivos invocados y su encuadramiento en la doctrina expuesta y causa en que se encuadraron, entiende el Juzgado que el comportamiento del demandante indicado en el relato de hechos declarados como probados implica una conducta transgresora de la buena fe contractual, la que por lo tanto constituye un incumplimiento contractual grave y culpable que, atendidas las circunstancias concurrentes, es merecedor del despido disciplinario, por lo que la infracción normativa denunciada no podrá ser admitida por la Sala.

Así, del caudal probatorio de autos consta como acreditado que la demandante, violentando de manera consciente y voluntaria las normas y directrices empresariales acerca de las forma de llevar a cabo sus cometidos profesionales, llevó a cabo una serie de actuaciones en manifiesto perjuicio para la imagen y los intereses comerciales de la entidad. En tal sentido, consta probado que por parte de la actora, sin estar en modo alguno autorizada para ello, y siendo además la gerente del área de carnicería, se procedió a regalar a un cliente no identificado una cantidad nada desdeñable de productos cárnicos -seis kilos de cochinillo-, tratando seguidamente de ocultar dolosamente tal ilícita actuación anotando que tal producto había sido retirado de la venta -y arrojado al bidón de cebo correspondiente- por no ser apto para ésta, cuando lo cierto es que ello



no era así. Y aparte de lo citado, consta probado que por parte de la actora, desentendiéndose de las básicas directrices de su profesión, y no obstante conocer que una bandeja de producto cárnico estaba con la fecha de venta cumplida y por ende no era apta para la misma, decidió unilateralmente y sin consentimiento ni conocimiento de la empresa poner tales productos cárnicos en el mostrador a la venta, mezclándolos además con otros productos semejantes para ocultar tal circunstancia.

Y ante lo expuesto, del mero tenor de las infracciones acreditadas en autos no cabe duda alguna de que cometió con ellas la actora una vulneración muy grave de la necesaria rectitud y lealtad que ha de mediar en el desempeño de sus funciones. Y es igualmente por ello por lo que no cabe justificar, ni siquiera degradar, la auténtica gravedad y trascendencia jurídica de los hechos que llevó a efecto, siendo por lo expuesto por lo que, aplicando tal doctrina al caso de autos, resulta evidente que el comportamiento del demandante imputado en la carta de despido y acreditado en autos es plenamente encuadrable en la causa de despido aplicada y prevista en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y preceptos concordantes de la normativa convencional de aplicación, por lo que la sanción impuesta por el mismo habrá de refrendarse en la presente resolución.

Y finalmente, a ello cabe unir un extremo capital, como es el que la doctrina jurisprudencial es clara a la hora de entender inaplicable la teoría gradualista a los supuestos en que la falta disciplinaria concurrente sea la transgresión de la buena fe o el abuso de confianza. En tal sentido el Tribunal Supremo viene recalcando que la buena fe resulta consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, y de lo que se deriva que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador se manifiesta en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual. Por ello se incide en que la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios.

Ciertamente existen posicionamientos judiciales en los que se aplica la teoría gradualista en casos de incumplimientos bien de escasa relevancia y aislados, bien poco claros en cuanto a su entidad, catalogación ésta que no puede entenderse revista el comportamiento de la actora, conforme a los términos anteriormente expuestos. Por tanto, los hechos que aquí se examinan distan de resultar encuadrables en dichas nimias categorías infractoras, revistiendo una entidad y gravedad de tal entidad que provocan evidentemente la pérdida de confianza de la empresa y se erigen así por sí mismos como causa hábil para proceder a la extinción unilateral del contrato de trabajo a instancia de la empresa.

No entendiéndose por ello concurrente la infracción normativa denunciada procede, por todo lo citado, la desestimación del recurso de suplicación formulado con íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de suplicación formulado por D<sup>a</sup> Eugenia debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la Sentencia del Juzgado de lo Social número Cinco de Málaga de fecha 10.06.2013, dictada en los autos nº 86/2013 promovidos por la indicada recurrente frente a la entidad **MERCADONA S.A.**

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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