



Roj: **STSJ CAT 8913/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:8913**

Id Cendoj: **08019340012014105866**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2014**

Nº de Recurso: **3473/2014**

Nº de Resolución: **5969/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LIDIA CASTELL VALLDOSERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

RM

**Recurs de Suplicació: 3473/2014**

IL·LMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

IL·LM. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

IL·LMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

Barcelona, 17 de setembre de 2014

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

**EN NOM DEL REI**

ha dictat la següent

**SENTÈNCIA NÚM. 5969/2014**

En el recurs de suplicació interposat per Mercadona, S.A. a la sentència del Jutjat Social 33 Barcelona de data 19 de març de 2014 dictada en el procediment núm. 1105/2013, en el qual s'ha recorregut contra la part Montserrat , ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. LIDIA CASTELL VALLDOSERA.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.** Va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre acomiadament disciplinari, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 19 de març de 2014 , que contenia la decisió següent:

"Estimar la demanda interposada per Montserrat contra MERCADONA,SA, declarar la improcedència de l'acomiadament disciplinari notificat el 5.10.13 i condemnar a la demandada, segons opció que haurà de fer en els cinc dies posteriors a la notificació de la sentència, a la readmissió de la demandant, amb obligació d'abonament dels salaris de tramitació produïts fins a la notificació de la sentència (amb possibilitat d'imposar nova sanció adequada a la qualificació de falta greu), o, alternativament, a l'abonament d'una indemnització de 49.672,56, opció que comportarà que la relació laboral s'entengui extingida a data 5.10.13."

**SEGON.** En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

"1.- La demandant començà a prestar serveis per la demandada el 1.3.94, té reconeguda la categoria professional de Gerent A, i percep una retribució bruta mensual de 57,44 al mes.



2.- En data 5.10.13 ha estat acomiadada disciplinàriament, per mitjà de comunicació escrita (doc.1 actora, que es dona per íntegrament reproduït), a la que se li formula la següent imputació:

*" El pasado jueves día 3 de octubre de 2013, alrededor de las 12.20 horas Ud. estaba trabajando en el turno de mañana y en la sección de pescadería como es habitual atendiendo en el mostrador a las clientas que requerían productos de dicha sección; su compañera de sección, Sra. Ana María , pudo observar como Ud. despachaba a una clienta y vio una serie de movimientos que le hicieron sospechar, es por eso, que abandonó su puesto de trabajo y dio el alto a una clienta que se disponía a abandonar el centro al ya haber pasado por el lineal de cajas.*

*Le requirió el paquete de pescado y pudo observar que el ticket de la balanza de la sección de pescadería, ticket núm. 438, sólo incluía un producto, 1,615 Kg. de caballa, ticket que ascendía a 6,06 Euros -ticket de pescadería que es cobrado por su compañera Sra. Esmeralda en la caja núm. 11 a las 12.28 h., generándose el ticket núm. 614896; a pesar de todo ello, en la bolsa había dos paquetes de la sección de pescadería, es decir uno de ellos, el de pescadilla, no estaba contabilizado. Acto seguido fue a buscar al mencionado ACP, Sr. Cecilio , como máximo responsable del centro en este instante; relatándole todo lo ocurrido.*

*El Sr. Cecilio , la cita a su despacho y le pregunta por lo sucedido; a lo que Ud. le contesta que efectivamente lo había hecho, y que era normal, que como se iba a tirar y nosotros no lo podemos aprovechar, mejor que lo haga alguien y por eso se lo ha regalado a esa clienta para que no se tenga que acabar tirando. El Sr. Cecilio sorprendido por su actitud, le refresca todos los métodos así como la prohibición expresa que existe tanto de consumir, llevarse o regalar productos destinados a las roturas, principalmente, porque no aseguran los estándares de calidad para el consumo. Le vuelve a preguntar si ve normal lo que acaba de hacer y Ud. le responde con un contundente ¡Pues claro!*

*A partir de ese momento, Ud. abandona el despacho y comienza a gritar, encerrándose en los vestuarios, espetando que quién era él para juzgarla, que no la conocía de nada, ante la presencia de la genrente B del centro, Sra. Alejandra .*

*Cuando vuelve a su sección, se encuentra con su compañera, la Sra. Ana María , y Ud. le espeta en tono amenazante: "estás jugando con el pan de mis hijos y si lo haces te voy a matar".*

*Para finalizar, en un intento de tapar lo anteriormente descrito, Ud. paga de su bolsillo 4,25 Euros de pescado en el ticket núm. 706395, caja 13 a las 13,04 h, aunque dicho ticket no tiene ninguna relación con ticket de balanza alguno.*

*"De los hechos relatados, por tanto se llega a la conclusión, sin ningún género de dudas que Ud. ha actuado fraudulentamente, quebrantando los deberes de fidelidad y lealtad propios de la relación laboral, concurriendo en abuso de confianza, aprovechando las particularidades de su puesto de trabajo, para de forma torticera regalar artículos de su mismo centro de trabajo destinados a las roturas a una clienta, contraviniendo de forma expresa el primer párrafo del apartado C.4 del art. 34 del Convenio Colectivo de Mercadona SA , en donde se considera expresamente "el robo, hurto o malversación cometidos tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo, sea cual fuere el importe (...), la apropiación indebida de productos destinados a la basura o promoción (roturas, rs...)" como una falta laboral muy grave."*

*Como Usted comprenderá hechos como los descritos no pueden ni deben permitirse, por cuanto implican un serio quebrantamiento del principio de la buena fe, de necesaria y general observancia y vulnera asimismo el deber profesional de lealtad que impone el servicio para no defraudar la confianza en usted depositada, por lo que la conducta es calificable como muy grave, con independencia del valor de los productos y que merece sin ninguna duda la máxima desaprobación por parte de esta Dirección.*

3.- Els fets imputats han quedat acreditats excepte l'amenaça verbal a la Sra. Ana María .

4.- La demandant no havia estat mai sancionada. Ha cobrat la prima de productivitat els anys 2009, 2010 i 2013. Les valoracions dels coordinadors/es els darrers any han estat, sobre 10, les següents: 2012: 8,8; 2011: 8,8; 2008: 9,6; 2007: 9,40 (docs. 7-10 actora).

5.- En data 15.1.14 s'intentà la conciliació prèvia amb resultat de sense avinença."

**TERCER.** Contra aquesta sentència la part demandada va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària la qual el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

## FONAMENTS DE DRET



**PRIMER.** Enfront la Sentència d'instància, que estimà la demanda presentada per la part actora, i declarà improcedent el seu acomiadament, amb les conseqüències legals inherents a tal declaració, s'interposa per l'empresa demandada Recurs de Suplicació que s'estructura en dos motius.

La sentència d'instància va estimar la demanda argumentant que la conducta de la demandant no constituïa un robatori, un fur, una malversació ni una apropiació indeguda, ni podia ser equiparada -en el seu nivell de gravetat- a aquests comportaments, per la qual cosa no era d'aplicació l'art. 34 C.4 del Conveni col·lectiu de l'empresa, que qualifica com a falta molt greu, sancionable amb l'acomiadament, aquestes conductes i que, en tot cas, la seva actuació es podia qualificar com una mera desobediència als seus superiors en l'exercici de les seves funcions o tasques de treball, tipificada com a falta greu en l'apartat B-4 de l'art. 34 del conveni abans citat.

**SEGON.** En el primer motiu d'impugnació, correctament emparat en l'apartat b) de l'article 193 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, la recurrent sol·licita la revisió dels fets declarats provats, concretament del segon i tercer i que se n'afegeixi un de nou.

Això no obstant, abans d'entrar a seu examen, cal posar de relleu les exigències de les revisions fàctiques en suplicació, que es poden resumir en els requisits següents: 1) L'equivocació del jutge s'ha de deduir de forma directa d'un element de prova documental o pericial. 2) S'ha d'assenyalar per la part recurrent el punt específic del contingut de cada document que posa de relleu l'error al·legat, raonant sobre la seva correcció, mitjançant una anàlisi que demostrï la correspondència entre la declaració continguda en el document i la rectificació que es proposa, 3) l'error ha de ser evident i s'ha de desprendre de forma clara, directa i inequívoca del document, sense que calgui fer deduccions, conjectures o suposicions i 4) l'error ha de ser transcendent per a modificar el sentit de la decisió de la resolució recorreguda, sense que es pugui utilitzar per a introduir qualificacions jurídiques predeterminants de la d'aquella.

Tenint en compte els anteriors requisits, cal ara examinar els motius al·legats per l'empresa. Pel que fa al fet provat segon, sol·licita si addicioni la totalitat de la carta d'acomiadament que l'empresa va lliurar a la demandant. És evident que la pretensió no es pot estimar, perquè ja consta en el dit fet que el magistrat dóna per íntegrament reproduïda l'esmentada carta i, en conseqüència, no ha existit cap tipus d'error en la valoració de la dita carta per part del magistrat d'instància.

En relació amb el fet provat tercer, es demana es suprimeixi la frase "excepte l'amenaça verbal a la Sra. Ana María". Fonamenta la supressió en l'acta notarial que es troba al foli 114, argumentant que es tracta d'un document públic i en la prova testifical.

De nou ha de ser totalment refusada la citada pretensió. És cert que una acta notarial és un document públic perquè ha estat signada per una persona que ostenta, per llei, la facultat de donar fe dels actes jurídiques que es realitzen en la seva presència, o be dels fets que ell personalment percep, és a dir, en aquest cas no hi ha cap dubte que la Sra. Ana María va manifestar davant el Notari Sr. Martín Núñez, en data 14.3.13 que havia rebut amenaces per part de la demandant, però cal tenir en compte que aquesta és una manifestació de part, per la qual cosa en aquest cas el que fa l'escriptura es documentar un mitjà de prova -en aquest cas testifical- que no ha estat realitzada a presència judicial, i que, en conseqüència en cap cas aquesta declaració pot tenir cap tipus d'eficàcia probatòria en seu del present procediment, -tal com des d'antic ha posat de relleu la doctrina del Tribunal Suprem. (SS de dates 16 de maig de 1983 i 14 de maig de 1985, entre d'altres), tal com ja assenyala el magistrat d'instància en el fonament jurídic primer de la seva sentència, on explicita àmpliament en quins mitjans de prova ha fonamentat la relació de fets provats.

Per últim, es demana s'afegeixi un nou fet provat al relat fàctic de la sentència, pel qual es proposa la redacció següent: "La Sra. Montserrat ha sido formada en el Modelo de Calidad Total -modelo de gestión interna de la empresa- así como de forma continuada durante la prestación de Servicios ha sido formada por el departamento de Prevención de Riesgos Laorales de la empresa de los riesgos generales y específicos de su puesto de trabajo. Y, en concreto, en el "Modelo Cultura Consumidor-Pescadería", relativo a la información y formación para la sección de pescadería, así como los criterios y métodos de obligado cumplimiento". Fonamenta la pretensió en els documents que consten als folis 65 a 67 de les actuacions.

Tampoc pot tenir èxit aquesta pretensió, atès que encara que el que es pretén afegir és cert, no tindria cap tipus d'incidència per a modificar la decisió de la sentència impugnada, ja que en cap cas es basa la decisió de la sentència en que l'actora desconegués les normes de l'empresa, sinó en que els fets que el magistrat dóna per provats, no es poden qualificar com a molt greus.

**TERCER.** Seguidament, a l'emparament del que estableix l'apartat c) de l'art. 193 de la Llei processal laboral, el recurrent denuncia la infracció, per aplicació indeguda, de l'art. 218 de la Llei d'Enjudiciament Civil i argumenta que existeix una incongruència entre els fets declarats provats i la decisió de la sentència, atès que el magistrat



ha tingut per acreditats els fets imputats a l'actora en la carta d'acomiadament, per la qual cosa és evident que hauria d'haver declarat procedent l'acomiadament.

Censura jurídica que no pot tenir èxit. És cert que el magistrat ha donat per acreditats els fets imputats a l'actora en la carta d'acomiadament, amb excepció de les amenaces dirigides a la seva companya Sra. Ana María (Fet provat tercer), però no existeix cap tipus d'incongruència en la resolució impugnada, sinó que aquesta és totalment raonada i congruent, atès que el que afirma la sentència és que els fets imputats i provats no poden incardinar-se en l'art. 34 C.4 del Conveni col·lectiu d'empresa, que recull les faltes molt greus, perquè no es tracta de les conductes recollides en el dit fet, sinó que, en tot cas, l'actuació de l'actora es podria incloure en l'apartat B-4 del mateix article com una falta greu. L'al·legació, en conseqüència, ha de ser desestimada.

**QUART.** En el segon apartat del mateix motiu s'afirma que la sentència ha vulnerat l' art. 54.2 d) de l'Estatut dels Treballadors i 34 C1 i C4 en relació amb l' art. 35 del Conveni col·lectiu de Mercadona i 105 de la LRJS i argumenta que aquí s'està valorant una actitud deslleial de l'actora, és a dir, la transgressió de la bona fe contractual i el furt, així com la vulneració de la normativa de l'empresa sobre regalar productes de la tenda, atès que es va acreditar que l'actora va regalar, de forma voluntària uns productes de l'empresa, quan sabia que això estava totalment prohibit per la normativa empresarial, per la qual cosa aquesta conducta no es pot tolerar i s'ha de qualificar com una falta molt greu, per això està tipificada en el Conveni col·lectiu de l'empresa i en la normativa legal i, en tot cas, s'ha de qualificar com un fur, un robatori, una malversació o una apropiació indeguda i que el magistrat ha aplicat la teoria gradualista de les faltes, quan aquesta no és d'aplicació en la transgressió de la bona fe contractual i no es va tractar en la vista oral, citant la sentència de la Sala de data 16.12.2008 .

L'al·legació ha de ser desestimada. En primer lloc cal dir que l'art. 54.2. d) de l'Estatut dels Treballadors no ha estat vulnerat perquè en el present cas el que s'imputava a la treballadora era una falta laboral molt greu per deslleialtat i abús de confiança derivada del fur comès a l'empresa.

Doncs bé, tal com afirma el magistrat d'instància, cal dir que en el present litigi no s'ha acreditat que l'actora hagués comès cap tipus de fur, atès que el que la demandant va regalar a una client és un producte que ja no es podia vendre "destinado a las roturas", per la qual cosa és evident que la seva conducta no es pot entendre inclosa en el que disposa l'apartat C.4 de l'art. 34 del Conveni col·lectiu d'empresa, atès que aquest el que considera falta molt greu és "El robo, hurto o malversación cometidos tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier persona dentro o fuera de la empresa, sea cual fuere el importe. Tendrá la misma consideración el consumo de cualquier producto sin haberlo abonado anteriormente, así como venderse o cobrarse a sí mismo o a familiares, la apropiación indebida de productos de la empresa destinados a la basura o promoción (roturas, etc...) el estar cobrando en cajas con el password de otra persona o haber revelado el password propio a otra persona y, en todo caso, la vulneración de la normativa de empresa sobre compra de productos en tienda" i com es pot comprovar, cap d'aquestes conductes és la realitzada per la demandant.

Tampoc es pot entendre que la seva actuació es pugui encabir en la transgressió de la bona fe contractual, tal com afirma la recurrent, sinó que, en tot cas, tal com assenyala el magistrat d'instància, s'haurà d'incloure en el que disposa l'apartat B-4 de l'art. 34 del Conveni d'empresa, és a dir, en una "mera desobediència a sus superiores en el ejercicio de sus funciones o tareas de trabajo", tipificada com a falta greu pel dit article, perquè és cert que els fets van succeir tal com es relaten en la carta d'acomiadament, el que l'actora no ha qüestionat, ni tampoc s'ha qüestionat que aquesta forma d'actuar estigués prohibida per la recurrent, tal com consta en la dita carta "se viene recordando por su coordinador... que tampoco, bajo ninguna circunstancia, se pueden extraer o regalar productos de las denominadas "roturas", al ser productos desechados y que no están en venta, para evitar de esta forma situaciones desagradables o mal intencionadas", i que la demandant coneixia aquesta prohibició, per la qual cosa és evident que va desobeir de forma conscient la dita prohibició, del tot lògica tenint en compte el context en que es realitza la feina de la demandant, com és un supermercat.

Ara bé, aquesta desobediència no es pot qualificar com a falta molt greu, sinó que s'haurà d'aplicar l'apartat B-4 de l'art. 34 del Conveni d'empresa, ja que únicament es podria qualificar com a molt greu, si "la desobediència es reiterada, implica quebranto manifiesto para el trabajo o de ella se derivase perjuicio notorio para la empresa", circumstàncies que no concorren en el cas que s'està examinant.

**CINQUÈ.** No es tracta, doncs, de que en el present litigi, el magistrat hagi aplicat la doctrina de l'aplicació gradualista de les faltes, doctrina que, en tot cas i en contra del que al·lega la recurrent, també és d'aplicació a les faltes en que s'imputa la transgressió de la bona fe contractual, com ha posat de relleu aquesta Sala en la sentència de data 3 de febrer de 2005 (R.8850/2004 ) i les que en aquesta es citen, en la que es diu el següent:

*"La Sala coneix i comparteix totalment l'esmentada jurisprudència. És més, fins hi tot en diverses sentències havia considerat que la transgressió de la bona fe contractual no admet graduacions, de tal manera que es*



*produeix o no es produeix sense possibilitats intermèdies i la seva sola existència, amb independència de la resta de circumstàncies suposa un incompliment contractual greu i culpable. No obstant això, la sentència de la Sala de data 28 de juny de 2.004, ja va deixar clar que també en el supòsit en que s'imputa al treballador la transgressió de la bona fe contractual és aplicable al supòsit la teoria gradualista en l'aplicació de les sancions.*

*En efecte, en l'esmentada sentència s'afirma que: "el art. 54.2 del ET no establece diferencia alguna entre la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza y los restantes incumplimientos contractuales que define. Y siendo así que el primer párrafo del propio precepto al exigir la gravedad y culpabilidad del incumplimiento contractual en todo caso, debe suponerse que tal exigencia incluye a todos los incumplimientos que después se relacionan, entre los que se halla la trasgresión de la buena fe contractual que, como los restantes, admite la graduación de su gravedad. En este sentido es, pues, de aplicación, la extendida doctrina gradualista en virtud de la cual no todo incumplimiento contractual puede producir como efecto inmediato el despido del trabajador, especialmente si se tiene en cuenta que el art. 58 del propio ET permite imponer sanciones disciplinarias a los trabajadores como consecuencia de incumplimientos contractuales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones, de tal modo que el despido disciplinario es la más grave de las sanciones posibles, lógicamente aplicable a las faltas más graves como se desprende del mencionado art. 57.1."*

Per tot això en el cas present s'ha de valorar la gravetat de l'incompliment i tenint en compte que els fets imputats a l'actora (i que s'han reconegut) no són constitutius d'un fur, robatori, malversació de fons, sinó d'una clara desobediència a les ordres de l'empresa, s'ha de qualificar com una falta greu, per la qual cosa no pot ser sancionada amb una sanció tan greu com és l'acomiadament perquè no revesteix les qualificacions d'una conducta greu i culpable d'abús de confiança o transgressió de la bona fe contractual.

**SISÈ.** La desestimació del motiu comporta la del recurs i la ratificació de la sentència d'instància així com, d'acord amb el que estableix l' article 235.1. de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, imposar les costes processals a l'empresa recurrent, inclosa la minuta del Lletrat impugnant del recurs, que es fixa en la quantitat de 500. Així mateix procedeix acordar la pèrdua del dipòsit efectuat en el moment de recórrer i de la quantitat consignada, a les quals es donarà el destí previst legalment, tal com disposa l'article 204.1 de la mateixa llei.

VISTOS els preceptes legals citats, els concordants i la resta de disposicions de general i pertinent aplicació,

#### **DECIDIM:**

Que hem de desestimar i desestimem el Recurs de Suplicació interposat per MERCADONA, S.A. contra la Sentència dictada pel Jutjat Social núm. 33 de Barcelona, en data 19 de març de 2014, que va recaure en les Actuacions 1105/2013, en virtut de demanda presentada per Doña. Montserrat contra l'esmentada empresa, en reclamació per acomiadament i, per tant, hem de confirmar i confirmem l'esmentada resolució i condemnem la recurrent a que pagui les costes legals, inclosa la minuta del Lletrat impugnant del recurs, que es fixen en la quantitat de 500. Així mateix s'acorda la pèrdua de les quantitats dipositada i consignada, a les que es donarà el seu destí legal.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social.

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, consignarà com dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, en l'Oficina núm 2015 situada a la Ronda de Sant Pere, núm. 47 de Barcelona, n° 0965 0000 66, afegint a continuació els números indicatius del recurs en aquest Tribunal.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, quan així procedeixi, s'efectuarà en el compte que aquesta Sala té obert en l'oficina bancària esmentada al paràgraf anterior, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació els números indicatius del Recurs en aquest Tribunal, i havent d'acreditar que s'ha fet efectiva al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.



**PUBLICACIÓ.** Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ