



Roj: **STSJ GAL 8241/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:8241**

Id Cendoj: **15030340012015105582**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **21/10/2015**

Nº de Recurso: **2906/2015**

Nº de Resolución: **5715/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO -AN-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15036 44 4 2014 0001240

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002906 /2015 AN

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000596 /2014

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Graciela

ABOGADO/A: XOSE DANIEL BESTEIRO LOPEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: ALCAMPO,S.A.

ABOGADO/A: LUIS FERNANDO ARBONES MACIÑEIRA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO.SR. D.EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMO.SRA.DªPILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMO.SRA.DªRAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintiuno de Octubre de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002906 /2015, formalizado por el/la Letrado/a D/Dª XOSE DANIEL BESTEIRO LOPEZ, en nombre y representación de Graciela , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de FERROL en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000596 /2014, seguidos a instancia de Graciela frente a ALCAMPO,S.A., siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª EMILIO FERNANDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Graciela presentó demanda contra ALCAMPO,S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veinticinco de Febrero de dos mil quince .

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

"PRIMERO.- Dª Graciela , con DNI núm. NUM000 , ha venido prestando servicios desde el 07/10/1986 por cuenta y dependencia de la empresa Alcampo S.A., con contrato de trabajo indefinido, a jornada completa, categoría profesional de profesional perfumería, y salario mensual de 1417,66 euros, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, en el centro de trabajo del Polígono de la Gandara en Ferrol, sin ostentar ni haber ostentado cargo de representación de los trabajadores. SEGUNDO.- La empresa le notificó el 24/06/2014 carta por la que le comunicó la decisión de su despido como disciplinario y con efectos también del 24/06/2014. TERCERO.- En relación a los hechos imputados en la carta de despido ha resultado acreditado que: El sábado 21/06/2014, a las 13.04 horas aproximadamente, finalizada su jornada laboral, al dirigirse a la zona de vestuarios de la empresa, se activó al paso de la demandante la alarma situada al lado del CCTV (Control Cámaras Televisión), lugar de tránsito obligado para todas las personas que acceden o salen de la zona antes mencionada. El vigilante de seguridad Sr. Octavio , que salía en ese momento de la zona de control, procedió a pedir a la demandante, y a otros compañeros de trabajo que también habían finalizado su jornada laboral y habían pasado por el detector inmediatamente antes que ella, que pasasen por el arcos de seguridad uno a uno, siendo la demandante la última en hacerlo, activándose la alarma únicamente al paso de la demandante. Frente a esta circunstancia, el Sr. Octavio le preguntó a la demandante si llevaba algo que pudiera activar la alarma, a lo que la demandante respondió que no. Ante su contestación y en el cuarto de control de cámaras (CCTV), en presencia del también vigilante Sr. Secundino , nuevamente le pregunta si lleva algo que pueda activar la alarma, contestándole la demandante que no. Antes de pasarle el detector portátil, le vuelven a insistir si lleva algo que pueda activar el detector, frente a lo que la demandante nuevamente contesta de forma negativa, la demandante se palpa los bolsillos inferiores de su chaleco y los del pantalón, sacando un bolígrafo, un cúter y un teléfono móvil, volviendo a repetir que no lleva nada más. Al pasarle el detector portátil, la alarma se activa a la altura del bolsillo superior derecho del chaleco de la demandante. Se le pide que saque lo que porta en el bolsillo superior derecho de su chaleco y la demandante, después de de hurgar un tiempo en él, saca un frasco de colonia marca Locura de Azahar 30 ml con código 8411061799888 y PVP 6.82 € y le dice al vigilante que se olvidaba que llevaba esa colonia pero que era para pagarla al salir, se le pregunta si lleva algo más en ese bolsillo a lo que la demandante respondió que no, pero el detector portátil continua activándose al pasarlo por el mismo bolsillo, se le indica que lleva algo más en ese bolsillo a lo que en esta ocasión reconoce que sí, que también se le olvidaba una pintura de labios de la marca L'Oreal con código 8411300305290 y PVP 12.48 € que también iba a abonar al salir. CUARTO.- Ambos vigilantes constataron que la demandante se encontraba muy nerviosa. QUINTO.- Entre las tareas que tenía la demandante se encontraba la denominada de alarman los productos, por lo que a veces era ella la que colocaba el dispositivo de alarma en productos. A partir de un precio se alarman una parte de los productos. Hay productos que vienen alarmados de fábrica. SEXTO.- Es norma de la empresa, conocida en el centro de trabajo, la de que los trabajadores no pueden en el trabajo comprar o reservar o guardar productos, y sólo los pueden adquirir cuando acuden al establecimiento como un cliente más. SÉPTIMO.- El 24/07/2014 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, en virtud de papeleta presentada el 07/07/2014, con el resultado de sin avenencia."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por Dª Graciela contra la empresa ALCAMPO S.A., debo declarar y declaro convalidada la extinción del contrato de trabajo producida con el despido disciplinario, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la empresa demandada."



CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Graciela formalizándolo posteriormente. Tal recurso 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 en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 16 de junio de 2015.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 20 de octubre de 2015 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 de instancia desestima la demanda, declarando convalidada la extinción del contrato de trabajo producida con el despido disciplinario, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la empresa demandada.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora, que recurre en suplicación, interesando que se revoque la sentencia y se dicte otra declarando la improcedencia del despido, con los efectos legales inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Para ello, en los motivos primero y segundo del recurso y con amparo procesal en el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pretende la parte la modificación del relato fáctico de la sentencia y en concreto del hecho probado tercero y que se adicione uno nuevo, el séptimo.

Así, en cuanto al tercero, interesa que su apartado cuarto quedé así redactado: "...Frente a esta circunstancia Don. Octavio le preguntó a la demandante si llevaba algo que pudiera activar la alarma o incluso alguna alarma al estar alarmando, a lo que la demandante contestó que no", con base en el informe diario de seguridad de fecha 21 de junio de 2014, obrante al folio 85 de autos.

En cuanto al nuevo séptimo, solicita que tenga en siguiente tenor: "A lo largo de los últimos años, la demandante permaneció largos periodos de tiempo en situación de baja, en Incapacidad Temporal. Concretamente desde el 18 de mayo de 2010 al 17 de mayo de 2011 (un año), con el diagnóstico de "Estados de Ansiedad", ya precedido por un episodio depresivo moderado en el año 1999, que remitió dándose de alta en un año, así como a lo largo del periodo 22 de mayo de 2013 al 20 de diciembre de 2013 (7 meses), por "Fiebre y Lumbago", con base en los documentos obrantes a los folios 73, 75, 76, 78 y 79 de autos.

Para que proceda la revisión de hechos probados, al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se señale concretamente el hecho cuya revisión se pretende y se proponga texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder.
- b) Que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de la solución del litigio.
- c) Que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrantes en autos, de los que se deduzca de forma patente, evidente, directa e incuestionable, el error en que hubiera podido incurrir el Juzgador de instancia, a quien corresponde valorar los elementos de convicción.
- d) La valoración de la prueba efectuada por el Juez «a quo» en uso de la facultad-deber que el ordenamiento jurídico le confiere, no puede ser sustituida por el parcial e interesado criterio valorativo de la parte.

En base a esta doctrina, no procede acceder a lo interesado en el ordinal tercero, toda vez que el informe diario de seguridad del vigilante invocado en amparo de la pretensión de la parte, no tiene eficacia revisoria por sí para demostrar la equivocación del juzgador en la redacción del hecho probado, a la que se llega por la valoración conjunta de la prueba practicada, pues se trata de una simple manifestación del mismo, y, además, por cuanto, aún cuando así no fuera, la introducción pretendida es irrelevante a los efectos de la resolución de la litis.

Lo mismo procede hacer respecto a la pretendida introducción de un nuevo hecho probado, el séptimo, pues la redacción pretendida es irrelevante para la resolución de la litis, no alcanzando la Sala a entender en que puede afectar, a los efectos de justificar la posible sustracción de productos propiedad de la empresa, el que la actora haya estado en situación de incapacidad temporal, en los periodos indicados, primero por estados de ansiedad y luego por lumbago y fiebre.

TERCERO.- Seguidamente, en los dos siguientes motivos del recurso, pretende la parte, con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que se ha producido la infracción de los artículos 54.2.b) y d) del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 53 y 54.2 y 13 del Convenio Colectivo de aplicación, que siendo la actora la encargada de alarmar los productos, si hubiera querido quedarse con



ellos sin pagar, lo habría desalarmado para pasar el control, no habiéndolo hecho, por lo que debe descartarse la transgresión de la buena fe contractual como la indisciplina y desobediencia en el trabajo, sobre todo en la graduación de muy grave que efectúa la empresa, por cuanto nunca había sido sancionada después de una antigüedad de 28 años, no teniendo la conducta de la actora incardinación en el incumplimiento contractual grave y culpable previsto en la legislación para justificar el despido.

El artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores enumera, entre los incumplimientos contractuales del trabajador, que cuando son graves y culpables pueden ser sancionados con el despido, la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

La transgresión de la buena fe contractual imputada es un concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales, con cuya introducción se ha buscado la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilización, capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad. Por ello, a la hora de decidir sobre el contenido de mandatos como la buena fe, ha de partirse, en primer término, de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución que la sociedad ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural (Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2003, de 27/Octubre). Aparte de que está sujeto a la apreciación de los Tribunales de instancia (Sentencias del Tribunal Supremo -Sala 1ª- de 30 de marzo de 1988 y 9 de octubre de 1993), siquiera (Sentencia del Tribunal Supremo -Sala 1ª- de 5 de julio de 1990) no obsta para considerarla a la vez concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal valorando los hechos que le sirvieron de origen, dentro de los acreditados que a ella se refieran (Sentencia del Tribunal Supremo -Sala 1ª- de 4 de noviembre de 1994). La buena fe que debe inspirar la conducta de toda persona en el ejercicio de sus derechos y obligaciones se contempla no sólo en el ordenamiento jurídico común (artículo 7.1 del Código Civil), sino también en el ordenamiento jurídico laboral, por ser consustancial al contrato de trabajo - artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores) - y de observancia obligada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales - artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores - (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1985 y 24 de octubre de 1989).

No obstante, no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y culpable «suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador» (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1986 y de 4 de marzo de 1991), lo que nos llevará a la necesaria graduación de las conductas a la que haremos referencia a continuación. Aunque, por otro lado, para que se produzca la transgresión de la buena fe contractual solamente se precisa la existencia de una relación laboral, la violación de los deberes de fidelidad y que el trabajador actúe con conocimiento de su conducta vulneradora, aunque no exija la concurrencia de un dolo específico, al conformarse el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores , con un incumplimiento grave y culpable (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1984 , 11 de septiembre de 1986 , 21 de julio de 1988 y 24 de enero de 1990).

Por su parte, el artículo 54.2 y 13 del convenio colectivo estatal de grandes almacenes establece que se considerarán como faltas muy graves el hurto o robo tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa, con independencia de que tenga o no valor de marcado y la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Queda debidamente acreditado, a través de los inmodificados hechos probados de la sentencia de instancia que, el sábado 21 de junio de 2014 y a las 13:04 horas, finalizada su jornada laboral, al dirigirse a la zona de vestuarios de la empresa, se activó al paso de la actora la alarma situada al lado del control de cámaras de televisión, lugar de tránsito obligatorio para todas personas que acceden o salen de la zona antes mencionada.

Existiendo la duda de si la alarma la había activado la actora u otro/a compañero/a de trabajo que habían pasado por el detector inmediatamente antes que ella, por el vigilante de seguridad Don. Octavio , que salía en ese momento de la zona de control, procedió a invitar a todos ellos/as a que pasaran nuevamente por los arcos de seguridad, uno a uno, haciéndolo la actora en último lugar y activándose la alarma únicamente al paso de la actora.

Ante esta circunstancia, el vigilante de seguridad preguntó a la actora si llevaba algo que pudiera activar la alarma, respondiendo ésta que no, y, ante dicha contestación en el cuarto de control de cámaras y en presencia de otro vigilante más, nuevamente se le preguntó si llevaba algo que pudiera activar la alarma, volviendo a responder que no, pregunta que se le volvió a reiterar, contestando la actora nuevamente que no, palpándose los bolsillos y sacando un bolígrafo, un cúter y un teléfono móvil e indicando que no llevaba nada más, por lo que se procedió a activar el detector portátil y a pasarlo sobre la actora, activándose la alarma a la altura del bolsillo superior del chaleco de la demandante.

Se le pidió que sacara lo que portaba y después de hurgar un rato en el bolsillo, extrajo un frasco de colonia marca Locura de Azahar 30 ml., negando que llevara algo más, por lo que volvió a pasarse el detector portátil,



activándose la alarma al pasar por el mismo bolsillo, por lo que se le volvió a indicar que sacara lo que llevara, extrayendo una pintura de labios de la marca LOreal.

Es evidente que el vigilante de seguridad ha realizado su trabajo con escrupuloso respeto a las personas que pudieran resultar afectadas, pues, primero, ante la duda de qué persona pudiera haber hecho saltar la alarma, invitaron a la actora y a los que habían pasado inmediatamente antes por los arcos, que lo volvieran a hacer y una vez que todos ellos habían transpasado los citados arcos y, segundo, constatado que el paso de la actora era el que hacía saltar la alarma, preguntó a la misma si portaba algo que pudiera hacer saltar la alarma, respondiendo ésta, hasta en tres ocasiones que no, por lo que, tras extraer la actora de los bolsillos inferiores del chaleco un bolígrafo, un cúter y un teléfono móvil, se pasó el detector portátil sobre la actora, saltando la alarma sobre el bolsillo superior.

Por ello no puede pretender la actora amparar su conducta en un olvido en la introducción en el chaleco de los productos que luego fueron localizados, pues ha sido invitada hasta en tres ocasiones a manifestar si pudiera llevar algo que hiciera saltar la alarma, habiéndose palpado la actora y contestado que no en las tres ocasiones, incluso después de extraer del mismo un bolígrafo, un cúter y un móvil.

El hecho de que la actuación de la trabajadora, encargada de alarmar productos y que era perfectamente conocedora de lo que podría ocurrir al paso por los arcos, sea ilógica, no puede servir para excusar ni para reducir su responsabilidad en los hechos, pues tras pasarse el detector portátil y activarse la alarma a pasar por el bolsillo superior, sólo extrae uno de los productos que portaba, señalando, a preguntas del vigilante de seguridad, que no llevaba nada más y localizándose, tras pasarle nuevamente el detector portátil y saltar nuevamente más la alarma, otro producto más, por lo que debe concluirse, como lo ha hecho el juez a quo, que la intención de la trabajadora era apropiarse de los productos que portaba, revelando dicha conducta por sí misma un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones profesionales, que supone: a) engaño a su empresario, desde el momento en que se aprovecha del acceso a los productos para sustraerlos; b) beneficio propio, cual es la apropiación de los mismos; c) perjuicio para la empresa, no sólo concretada en la pérdida económica derivada del valor de los mismos, sino también como consecuencia del tiempo que ésta ha tenido que dedicar a esclarecer lo sucedido y los medios que ha tenido que utilizar para ello.

La naturaleza y características de este ilícito proceder, suponen una infracción clara e indudable del deber de lealtad laboral, que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo con base en el citado artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, porque infringe los postulados éticos y culturalmente aceptados, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 y no se enerva por la antigüedad o la ausencia de sanciones anteriores, pues incluso la falta adquiere mayor entidad al tratarse de persona con larga vinculación con el empleador - sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de mayo de 1991 y de esta Sala de 8 de noviembre de 1991- y sin que pueda apreciarse que el moderado importe de las sustracciones efectuadas desvirtúe la conducta de la trabajadora, pues la empresa no está obligada a mantener una relación laboral con quien, despreciando la confianza en ella depositada, se permite apropiarse de productos, con independencia de su valor, conducta no sólo incardinable en el precepto legal antes señalado, sino también, como falta muy grave, en el artículo 54.2 y 13 del Convenio Colectivo, pudiendo ser sancionada por la empresa con despido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 56.3 del Convenio Colectivo.

Además, no resulta admisible la explicación de la trabajadora, tras todo lo antes relatado, de que tenía intención de pagar los productos al salir, por cuanto en las Normas Básicas de Alcampo, de las que la actora era conocedora, pues en momento alguno lo ha negado, se prohíbe consumir, coger o reservar mercancía de la tienda.

En consecuencia procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

Por todo ello y vistos los preceptos de general y especial aplicación;

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el LETRADO D.XOSÉ DANIEL BESTEIRO LÓPEZ, en nombre y representación de DÑA. Graciela, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de los de Ferrol, en fecha veinticinco de febrero de dos mil quince, en autos seguidos a instancia de la RECURRENTE frente a la EMPRESA ALCAMPO S.A., sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.



MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.