



Roj: **STSJ GAL 1108/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:1108**

Id Cendoj: **15030340012023100786**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2023**

Nº de Recurso: **6238/2022**

Nº de Resolución: **924/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00924/2023**

-

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**Fax:**

**Correo electrónico:**

**NIG:** 36038 44 4 2022 0001660

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

SECRETARÍA SRª IGLESIAS FUNGUEIRO

**RSU RECURSO SUPLICACION 0006238 /2022MRA**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000415 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Leandro

**ABOGADO/A:** MARIA VICTORIA GARRIDO ZALAYA

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** GRUPO SUPECO MAXOR SL

**ABOGADO/A:** MARIA VERONICA LAGARES TENA

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR**

**ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA**

**ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE**



En A CORUÑA, a quince de febrero de dos mil veintitrés.

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 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 0006238/2022, formalizado por la Letrada DOÑA MARIA VICTORIA GARRIDO ZALAYA, en nombre y representación de Leandro, contra la sentencia número 281/2022 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de PONTEVEDRA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000415/2022, seguidos a instancia de Leandro frente a GRUPO SUPECO MAXOR SL, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/Dª Leandro presentó demanda contra GRUPO SUPECO MAXOR SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 281/2022, de fecha quince de septiembre de dos mil veintidós

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

PRIMERO.-El demandante Leandro, DNI.- NUM000, ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 10 de febrero de 2002, con categoría profesional de especialista, actualmente en el puesto de reponedor en el turno de noche en el Supermercado de Villagarcía de Arousa desde 2019, y salario bruto mensual de 2.060,83 euros./SEGUNDO.-En fecha 10 de junio de 2022 la empresa entregó al trabajador carta de despido disciplinario por la supuesta comisión de infracciones que la empresa tipifica como muy graves y que concreta en los art 52.III B) ap 4, art 52.III C) ap 2 y 13 del CC y art 54.2 ap b) y d) del ET y que se sustentan en siguientes los hechos: **-El 25 de abril de 2022, entre las 01:51 y 01:53 Ud cogió una Coca Cola sabor original del pasillo de refrescos sin haber procedido a su abono -El 10 de mayo, entre las 01:49 y la 01:51, Ud cogió varios productos de merma del almacén, en concreto Pan Payesita, sin haber procedido a su abono y sin haber obtenido ningún tipo de autorización. -El 21 de mayo, entre las 01:54 y la 01:56 Ud cogió un producto de la zona del almacén, en concreto un Pan Payés mediano, el que se llevó a la sala de descanso para su consumo, y ello sin haber procedido a su abono en ningún momento y sin haber obtenido ningún tipo de autorización. La carta despido obra en las actuaciones y a ella me remito expresamente.**/TERCERO.-El demandante no ostenta cargo de representación legal de los trabajadores ni delegado sindical ni lo fue en el último año./CUARTO.-No está permitido en la empresa el consumo de productos de merma, firmando el actor la Normativa interna al efecto. (doc. 11 bloque documental demandada). Es de aplicación en convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion SA y Grup Supeco-Maxor SL)./QUINTO.-En el presente caso se celebró sin avenencia el acto de conciliación ante el SMAC

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda interpuesta por Leandro frente a GRUP SUPECO MAXOR SL, debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de todas las pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Leandro 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 en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 15-11-2022.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 15-2-2023 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 parte actora vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de lo dispuesto en el art 193 a) de la LRJS se acuerde la nulidad de la sentencia por insuficiencia de los hechos que se declaran probados, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada.

En cuanto a lo primero, reponer los autos al estado en que se encontraban por haberse infringido normas o garantías de procedimiento que pudieran causar indefensión se alega infracción de los artículos 97.2 y 107 de la LRJS, 209 de la LEC y 248.3 de la LOPJ y art 24 Constitución Española.

Y sostiene el recurrente que la sentencia objeto de recurso nada refiere acerca de si **considera o no probados los hechos y circunstancias que se exponen en la carta de despido**, incurriendo así en un grave defecto que viene a vulnerar el derecho de defensa del actor ( art 24 CE) al impedir el que pueda valorarlos en relación con la prueba practicada y en su caso, solicitar su modificación de conformidad con lo dispuesto en el 193 b) LRJS. Incumpliendo el deber de congruencia necesaria entre los hechos declarados probados y los fundamentos de derecho. Y solicita acordar la nulidad de la sentencia y todas las actuaciones posteriores y reponerlas al momento inmediatamente anterior a su dictado para que la Sra Magistrada de instancia, a fin de que dicte nueva sentencia que contenga una redacción de hechos probados suficientes para la adecuada resolución de la controversia planteada y que asegure la tutela judicial efectiva.

La resolución recurrida sostiene en la fundamentación jurídica lo siguiente: *"Como sustento de la prueba indicada, y aportada por las partes, testificales de Brigida (antigua gerente), y Adelaida (gestora de clientes y encargada de la caja 1), cabe concluir lo expuesto como cierto en la carta de despido, siendo que el actor ha empleado una actitud totalmente reprochable al haber cogido productos de la tienda probablemente para su consumo sin abonarlos posteriormente (coca cola, pan), o bien productos prohibidos para consumo ni para venta (productos de merma). Testificales que se vieron avaladas por la exhibición del video de las cámaras de seguridad, en el que se puede ver el momento en que el actor coge las barras de pan a las que se refiere la carta de despido.*

Respecto de insuficiencia de hechos probados, hemos declarado que no toda irregularidad procesal genera la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, la finalidad e importancia del requisito omitido o irregularmente cumplido, y sobre todo la conducta procesal observada por quien alega tal vulneración, pues no puede invocar válidamente indefensión quien ha mantenido una conducta procesal errática o abusiva.

Además, no toda infracción de norma procesal da lugar a la nulidad por quebrantamiento de forma, sino que es preciso que la misma haya producido a la parte consecuencias negativas. No basta, por tanto, "con que el órgano judicial haya incurrido en una irregularidad formal, sino que es necesario, además, que tal infracción legal determine la indefensión del afectado"( STC 158/1989 de 5 de Octubre ), lo cual no ha sucedido en el supuesto de autos.

La obligación que el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social impone al juez de lo social de declarar expresamente los hechos que estime probados, significa que debe consignar no sólo los antecedentes fácticos que estime suficientes para fundar la decisión que entienda oportuna, sino todos los precisos para que la Sala, en caso de recurso, pueda pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas, lo que es consecuencia de la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, que no autoriza un examen libre y abierto de lo resuelto por el Magistrado de instancia, a quien no puede sustituir en la función de apreciación general de las pruebas practicadas bajo los principios de inmediación y oralidad.

Ahora bien en el supuesto de autos, creemos que con el relato de hechos probados queda clara la conducta que se da por probada, y en consecuencia no procede anular la sentencia recurrida, teniendo en cuenta además que, en cuanto a la nulidad de actuaciones es doctrina judicial reiterada que la declaración de nulidad de actuaciones es un remedio excepcional, que ha de aplicarse con criterio restrictivo y solamente cuando concurren los siguientes requisitos: 1º Que se haya producido vulneración de una norma esencial en la regulación del proceso, si el defecto no es subsanable; 2º Que se haya formulado protesta, si el momento procesal lo permite; y 3º Que produzca indefensión a alguna de las partes litigantes ( arts. 238 Ley Orgánica del Poder Judicial [RCL 1985\ 1578, 2635] y 191.a Ley de Procedimiento Laboral). Una interpretación amplia de la posibilidad de anulación podría incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24 de la Constitución Española (RCL 1978\2836), que incluye el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, reafirmado en el art. 74.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, al establecer el de la celeridad como uno de los principios orientadores de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del proceso laboral ordinario.

**SEGUNDO.** - Respecto a la revisión de los hechos probados, al amparo del art. 193 b) LRJS, se pretende alterar:



1º/ **modificando el hecho probado primero** al considerar que el contenido es insuficiente por omitir las modificaciones operadas en el contrato de trabajo a lo largo de su vida laboral y que se concretan en la movilidad funcional y geográfica y su afectación en el salario a fecha de despido.

El contenido que se propone es del siguiente tenor literal

"PRIMERO.-El demandante Leandro, DNI.- NUM000, ha venido prestado servicios para la empresa demandada desde el 10 de febrero de 2002. Comenzó prestando servicios como reponedor en el centro de trabajo de la empresa en Carballo siendo trasladado después al centro de Villagarcía y pasando a desempeñar el puesto de reponedor principal a partir del 22/12/2008 en el centro de Sanxenxo, a continuación, tras prestar servicios en otro centro de trabajo, el 05/03/2013 la empresa le comunica la decisión de trasladarle de nuevo al supermercado Carrefour Market Sanxenxo bajo la categoría de Jefe de Turno. En fecha 22 de febrero de 2016 el trabajador y empresa suscriben cláusula adicional a su contrato y acuerdo sobre los efectos de la modificación y adecuación de su salario que se justifica en las necesidades organizativas y de producción del Supermercado de Villagarcía de Arosa, recogiendo en el segundo apartado de la exposición que ha estado encuadrado en el grupo de mandos con salario anual de 19.822 €, acordando su cambio de grupo profesional y categoría el puesto de Comercial HORECA, perteneciente al Grupo de III Especialistas desde 1 de marzo y un salario anual de 19.822 € que se desglosa en 13.127,41 € de salario base y 6.694,59 € de complemento de puesto. A continuación, en el año 2019 el trabajador es objeto de movilidad funcional a categoría inferior pasando a ocupar el puesto de trabajo de reponedor en turno de noche, estando desempeñando este puesto en el momento del despido y percibiendo un salario mensual de 2060,83 que se desglosa en los siguientes conceptos: Salario base: 892,63 €/mes, Complemento puesto: 557,88 €/mes, Antigüedad: 46,88 €, Nocturnidad: 250,28 € (media anual), PP Extras: 313,16 €."La modificación propuesta consta acreditada a partir de los siguientes documentos:-Contrato de trabajo temporal de fecha 10/02/2003, obrante en doc 4 del ramo de prueba parte demandada-Comunicación de 19 de diciembre de 2008 en donde se indica que es trasladado de Villagarcía a Sanxenxo y el cambio de categoría a reponedor principal, obrante en doc 6 del ramo de prueba parte demandada-Comunicación de 5 de marzo de 2013 donde se informa de su traslado a Sanxenxo y el cambio de categoría a Jefe de Turno, obrante en doc 7 del ramo de prueba parte demandada-Documento por el que ambas partes suscriben Cláusula Adicional a su contrato y acuerdan los términos y alcance de la misma, obrante en doc 8 del ramo de prueba parte demandada.-Recibos salariales unidos al ramo de prueba de la parte actora como doc 3 y los unidos al ramo de prueba de la parte actora como doc 4. La relevancia de la modificación instada se centra en la necesidad de dejar constancia de los continuos cambios en las condiciones laborales del recurrente desde el inicio de la prestación de servicios hasta la fecha de despido. Habiendo sido traslado de centro de trabajo en reiteradas ocasiones (Carballo, Sanxenxo, Villagarcía). Habiendo promocionado desde la categoría de reponedor a reponedor principal y después a jefe de turnos (Grupo de Mandos) para pasar luego al puesto de Comercial HORECA (Grupo especialistas) respetándole el salario anual de Mando al reconocerle un complemento de puesto de 6.694,59 €/año (557,88 €/mes). Y por último, en el año 2019 ser objeto de movilidad funcional a categoría inferior de reponedor, respetándole, como no podía ser de otra manera, el complemento personal que venía percibiendo en cuantía de 557,88 €/mes. "

Tal pretensión se rechaza. Reiteradamente tiene declarado la doctrina jurisprudencial ( STS de 28-5-2003 [RJ 2004\1632]), que la modificación fáctica pretendida debe tener una relevancia a efectos resolutorios, de tal modo que no puede ser admitida una propuesta de revisión de hechos probados que, aunque pudiera tener un apoyo suficiente en los términos del artículo 191, b) LPL -actual art. 193.b) LRJS-, y ser cierta, carezca totalmente de trascendencia o de incidencia en relación con la decisión que deba de adoptarse resolviendo el recurso formulado, al no aportar nada que sea de interés, lo que así ocurre en el caso presente en que la revisión propuesta resulta por completo intrascendente para modificar el signo del fallo y para la decisión final del litigio

2º/ modificando el **hecho probado segundo** para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

"SEGUNDO.-En fecha 10 de junio de 2022 la empresa entregó al trabajador carta de despido disciplinario por la supuesta comisión de infracciones que la empresa tipifica como muy graves y que concreta en los art 52.III B) ap 4, art 52.III C) ap 2 y 13 del CC y art 54.2 ap b) y d) del ET y que se sustentan en siguientes los hechos: -El 25 de abril de 2022, entre las 01:51 y 01:53 Ud cogió una Coca Cola sabor original del pasillo de refrescos de la tienda, la cual Ud seguidamente se llevó a la sala de descanso para su consumo, y ello sin haber procedido a su abono en ningún momento. -El 10 de mayo, entre las 01:49 y la 01:51, Ud cogió varios productos de merma del almacén, en concreto, Pan Payesita, sin haber procedido a su abono y sin haber obtenido ningún tipo de autorización. - El 12 de mayo, entre las 01:54 y la 01:56, Ud cogió un producto de la zona de merma del almacén, en concreto un Pan Payés mediano, el que se llevó a la sala de descanso para su consumo, y ello sin haber procedido a su abono en ningún momento y sin haber obtenido ningún tipo de autorización."

Se ampara en la carta despido.



Se rechaza la pretendida revisión.

Reiteradamente viene poniendo de manifiesto la Sala -Sentencias, entre otras números 6.894/2002, 6.945/2002, 7.290/2002, de 29 y 30 de octubre y 13 de noviembre; 1.254/2003, de 19 de febrero; 5.865/2004 y 6.251/2004, de 30 de julio y 15 de setiembre ( Rollos 7605/2001; 1802/2002 y 3557/2002; 5482/2002; y 2813/2003 y 8706/2003)), "que en cuanto a los elementos invocados para la revisión, carecen de eficacia revisoria las manifestaciones de las partes en sus escritos o en el acto del juicio ( Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1.967, 10 de abril y 20 de noviembre de 1.975), la propia acta del juicio (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1.967, 31 de diciembre de 1.975 y 28 de febrero de 1.977), así como las pruebas de confesión en juicio y testifical ( Sentencias del Tribunal Supremo 18 de marzo de 1.974, 17 de mayo de 1.976, 24 de abril de 1.975 y 5 de junio de 1.976, y de esta Sala, números 5.437/94, de 13 de octubre y 6.131/95, de 11 de noviembre, entre otras muchas, así como también las números 2.669/99, de 8 de abril y 9.352/99, de 30 de diciembre, entre otras muchas), y de la misma manera la carta de despido.

3º/ modificando el **hecho probado cuarto**, para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

*"CUARTO.-De conformidad con lo dispuesto en la Normativa interna de la empresa de fecha 01/09/2010 (doc. 11 bloque documental demandada) respecto al consumo de alimentos en el centro se dispone (página 3 del referido documento): "La sala de descanso es la única dependencia del centro donde se admiten productos comprados para el autoconsumo; en todo caso deberán llevar el justificante de compra adjunto y podrán ser comprobados por el Gerente u otro mando en su nombre- **No está permitido recoger de la basura o el registro de mermas ningún producto deteriorado**" Los trabajadores del turno de noche podían consumir productos del supermercado durante la noche en su hora de descanso, debiendo dejar el dinero y el código de barras en la Caja 1. Es de aplicación en convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion SA y Grup Supeco-Maxor SL)."*

La modificación propuesta se ampara en los siguientes documentos y pruebas:

-Normativa interna de aplicación Supermercados Carrefour de 01/09/2010 unida como doc 11 del ramo de prueba de la parte demandada (véase pág 3)

-Escrito de alegaciones de fecha 23/05/22 suscrito por el Sr Teofilo , bajo su condición de Delegado Sindical de Fetico, unido como documento 7 del ramo de prueba de la parte actora.

-Contenido de la declaración testifical del Sr Luis Pedro recogida en párrafo tercero del FD 1º de la sentencia: "podían consumir productos durante la noche en su hora de descanso cogidos del propio supermercado, abonando posteriormente el producto en la caja 1 dejando el dinero y el código de barras"

Se rechaza la redacción propuesta.

Por otra parte como ya señalamos en autos Rec-num. 1543/11 de esta misma Sala y Sección, la modificación propuesta presenta un claro signo conclusivo-valorativo más que meramente fáctico, resultando de la interpretación de los documentos que hace la parte recurrente, debiendo recordarse a este respecto que la prueba ha de ser fehaciente, es decir, debe reflejar la verdad por sí sola, y con ello el error del Juzgador, sin otras consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, porque, si éstas se admitieran, la Sala se encontraría suplantando al Juez de lo Social en la valoración de la prueba, como si de un nuevo juicio se tratara (una mera apelación) y no resolviendo un recurso que tiene naturaleza extraordinaria.

La pretensión se rechaza, la testifical que se aduce en el motivo no constituye prueba legalmente apta para revisar los hechos declarados probados, que conforme a los arts. 191 B) y 194 LPL ha de ser documental y/o pericial. Por ello, el acta de juicio en que se refleja aquella testifical constituye un mero soporte material de constatación- expresión de la práctica de esta prueba, no documento potencialmente revisor. pues se trata de un documento que refleja o constata la actividad procesal llevada a cabo, pero no es prueba documental propiamente dicha, por lo que es ineficaz a estos efectos (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 [RJ 1995\6124], 23 de diciembre [RJ 1995\10709] y 18 de julio de 1994 [RJ 1994\6676], y de esta Sala de 22 de enero de 1997 [AS 1997\611], 22 de mayo de 1996 [AS 1996\2292], 25 de enero de 1995 [AS 1995\29]).

4º/ añadiendo **un nuevo hecho probado cuarto bis** del siguiente tenor literal:

"En fecha 23 de mayo de 2022 el Sr Teofilo , Delegado Sindical de Fetico, presenta escrito de alegaciones en trámite de audiencia de procedimiento disciplinario aperturado frente al demandante con el siguiente contenido : "D. Teofilo como Delegado Sindical de Fetico y en representación del trabajador y afiliado D. Leandro , conforme al art. 10.3.3º de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de Agosto sobre Libertad Sindical, en asunto de SANCIÓN contra el citado trabajador, y en contestación al escrito notificado el día 20 de mayo de 2022, y habiéndose dado traslado del preceptivo trámite de audiencia, como mejor proceda en derecho, comparece y DICE: 1º-Que nuestro afiliado viene prestando sus servicios para la mercantil referenciada desde el 10 de febrero de 2002, es decir, lleva más de 20 años en la empresa y siempre ha venido observando las



normas y diligencias de conducta en el desempeño de su puesto de trabajo; es más durante muchos años estuvo desempeñando sus funciones laborales como jefe de turno, ejerciendo sus funciones con la máxima eficiencia, gestionando con ejemplaridad al equipo bajo su cargo, siendo en todo momento un referente para su equipo. 2º-Que nuestro afiliado, siempre ha observado y obedecido las órdenes dadas por sus Superiores Jerárquicos, así como las Directrices dadas por la Dirección de la empresa, cumpliendo de manera escrupulosa con todos los procedimientos y protocolos de actuación en el desarrollo de su actividad laboral. 3º-Que NUNCA ha sido sancionado por la mercantil al a que usted representa, siendo por tanto que su trayectoria profesional es intachable e impecable, hecho que ha de ser tenido en cuenta y poner en VALOR. Es más, que son estas circunstancias tanto personales como profesionales las que han de ser tenidas en cuenta por una empresa, luego el activo más importante y que diferencia a una empresa de una gran empresa, es sin duda, sus personas 2 trabajadoras, y nuestro afiliado lleva demostrando más de 20 años, que es un gran activo para esta empresa. 4º-Que antes de entrar en el fondo del asunto, he de manifestar que en el cuerpo del escrito presentado a esta parte, no se alegan los artículos, tanto del Estatuto de los Trabajadores como del Convenio Colectivo del Grupo Champion, que presuntamente han sido vulnerados por nuestro afiliado, con lo cual a esta parte le produce una gran indefensión no poder hacer frente con los medios pertinentes y adecuados a derecho para una defensa real de nuestro afiliado. En el escrito que se nos presenta solamente se indica que hay determinados hechos "que podrían ser calificados como constitutivos de faltas laborales de carácter muy grave". Para poder desvirtuarlos con garantías para la defensa de nuestro afiliado es del todo punto necesario la clara concreción de los mismos, no una vaga referencia. ¿Qué faltas son las cometidas?, ¿Qué SANCION se le va a imponer? Llegados a este punto, hemos de señalar lo que la LOLS, en su artículo 10.3.3º señala que: "los delegados sindicales serán oídos por la empresa previamente a la adopción de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos. Es claro y notorio que para que este acto sea plenamente válido y no un mero trámite sin mayor contenido, que en el mismo se deban detallar las infracciones que entiende la empresa que han sido cometidas por el trabajador. Es en este momento cuando el trámite de audiencia al responsable de la sección sindical, tal y como establece la LOLS, cobra su verdadero sentido, pudiéndose realizar, desde ese momento, una adecuada defensa y contestación adecuada a las faltas presuntamente cometidas, tal y como establece la referida Ley Orgánica. Es por ello, que negamos los hechos que se imputan a nuestro afiliado y mantenemos la indefensión que causa el escrito que se nos ha remitido, al no indicar en los mismos los artículos que se pretenden infringidos y no poder tener constancia de la existencia de la prescripción de los hechos, toda vez que la empresa puede modificar desde este momento la tipificación de los mismos y su calificación, al objeto de evitar la prescripción. 5º-Que entrando en el fondo del asunto, respecto a la imputación de unos hechos que usted califica como de muy graves, he de decir que los hechos narrados en este trámite de audiencia, no se corresponde con la realidad de lo acontecido, reiterándome en lo aducido en 3 los ordinales anteriores, entendiéndome que no se ha incumplido ni con la norma convencional ni con lo prevenido en el Estatuto de los Trabajadores. Es más cabe señalar que es uso y costumbre consentido a lo largo de los años, que el personal de reposición nocturna, al no estar las cajas operativas, tienen permiso del encargado del repuesto nocturno, tanto para coger algún producto, dejando el código de barras y el dinero en la CAJA 1, antes de marcharse, como así hizo el trabajador el día 25 de abril de 2022, dejando el código y el dinero de la bebida en la caja nº 1, como para usar los panes que tiran a la merma, teniendo autorización expresa del encargado como así manifestó éste a la plantilla de reposición nocturna. Es por tanto palmario, que SUPECO en ese centro de trabajo ha venido consintiendo desde hace tiempo esta práctica por las personas trabajadoras de la plantilla de reposición nocturna. Que es por dicho motivo por el que mi afiliado se encontraba consumiendo en la sala de descanso, porque hasta la presente ha venido siendo una costumbre consentida, fomentada y bien arraigada en el centro de trabajo, siendo poco menos que sorprendente que el Responsable de Recursos Humanos tache dicha conducta como una posible infracción laboral de carácter muy grave, por cuanto la propia mercantil así lo ha fomentado, es más, los superiores jerárquicos también lo hacen, por tanto no ha habido ningún incumplimiento por cuanto no se ha ordenado el cese de dicha costumbre. 6º-Por tanto, y dicho sea con el debido respeto, así como en estrictos términos de defensa, que no se pueden calificar esos hechos como infracciones labores muy graves luego ello requiere de dos premisas, GRAVEDAD Y CULPABILIDAD y, de sobra es conocido el buen hacer del trabajador a lo largo de estos 20 años de prestación de servicios, que en el sector en el que trabaja, es respetado sobre todo por ser honesto y cumplidor. Por tanto, me reitero en lo dicho, los comentarios por los cuales se le pretende sancionar no son de la gravedad como para manchar su trayectoria profesional con una sanción, luego no son graves, ni se puede imputar una conducta culpable. Por lo tanto y en base a todo lo anteriormente referenciado, he de decir que considero desmedida, injusta y desproporcionada la iniciación del presente trámite de audiencia previa y su posible calificación de los hechos como faltas laborales de carácter muy grave, cuando el 4 propio Convenio Colectivo de aplicación específica claramente que, la graduación de las faltas cometidas por los trabajadores se clasificarán, atendiendo a su importancia y trascendencia. En virtud de lo expuesto, SOLICITO A LA EMPRESA SUPECO, con centro de trabajo



denominado Supeco Villargarcía de Arousa, que sea anulada y no llevada a trámite la PROPUESTA DE SANCION contra el trabajador D. Leandro . "

Se ampara en el documento 7 del ramo de prueba de la parte actora consistente en escrito de alegaciones de fecha 23/05/22, suscrito por el Sr Teofilo , bajo su condición de Delegado Sindical de Feticó.

Se acepta la revisión propuesta. El documento resulta hábil a los efectos pretendidos.

**SEGUNDO.-** Mediante examen de infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, al amparo de la letra c) del art 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social alega infracción del art 24 CE, art 54.1, 54.2 b) y d), 55.4 del y 58.1 y 2 del RD Leg 2/2015 por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores; art 108.1 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social y art 52.III b), 52.III C) apartados 2 y 13 y 53 del Convenio Colectivo del Grupo Champion. Así como la Jurisprudencia de aplicación.

Según el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

A estos efectos, no todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es causa de despido, sino que la resolución unilateral del contrato sólo puede operar como reacción a un incumplimiento cualificado, o, como se deduce del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, de incumplimiento contractual grave y culpable. Además, debe ser un acto u omisión culpable, incluso «malicioso», como dijo el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de junio de 1969 y 23 de septiembre de 1973, o, en expresión utilizada en su sentencia de 5 de mayo de 1980 ( RJ 1980\2043), «actos voluntarios por malicia o negligencia... por intencionalidad u omisión culpable... (imputable) a una torcida voluntad u omisión culposa». Requisitos de gravedad y culpabilidad para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la atribuida al trabajador se dan o no esa gravedad y culpabilidad, que, como requisitos de imprescindible concurrencia exige el artículo 54 en su núm. 1 del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995\997) , según constante doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, mantenida en sentencias de 26 de enero ( RJ 1987\129) y 27 de febrero de 1987 ( RJ 1987\1133) y 22 de febrero ( RJ 1988\748) y 31 de octubre de 1988 ( RJ 1988\8189) .

En definitiva, es necesario quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido - sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero ( RJ 1986\312) y 22 de mayo de 1986 ( RJ 1986\2609), y 26 de enero de 1987-. Resulta necesario valorar las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza ( Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1979 [ RJ 1979\2075] y 30 de enero de 1981 [ RJ 1981\570] ).

La base o fundamento jurídico del llamado poder de dirección del empresario, como analiza la sentencia de la Sección sexta del TSJ de Madrid, núm. 465/2003, de 14 julio, Recurso de Suplicación núm. 3043/2003 (AS 2003\3586), está en el contrato de trabajo, y se asienta en las notas de ajenidad y dependencia propias del mismo, respondiendo a una indiscutible necesidad técnica u organizativa de la empresa y engendra un verdadero deber de obediencia en el trabajador. Se trata no sólo de un deber básico de obediencia al que se refiere el art. 5.c) del ET, en cuanto sometimiento al ejercicio regular de las facultades directivas empresariales, sino, fundamentalmente, del antecedente deber básico de buena fe ( art. 5.a) Estatuto de los Trabajadores, que exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo cual tiene por finalidad adecuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo, pues de otro modo se destruiría el equilibrio sinalagmático del contrato. Se entiende por tanto que hay desobediencia -en su caso indisciplinada- cuando el trabajador incumple las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, determinadas, bien por las normas laborales aplicables, bien por las órdenes e instrucciones que emanen legítimamente del poder de dirección del empresario. Cuando estas órdenes o instrucciones se enmarcan dentro del contrato de trabajo, existe la presunción «iuris tantum» de que son legítimas y de ahí la regla general que obliga a obedecerlas, sin perjuicio de impugnarlas cuando se estiman lesivas o abusivas, salvo que concurren determinadas circunstancias de excepción, tales como peligrosidad, ilegalidad, ofensa a la dignidad del trabajador u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa.

Hemos de recordar una vez más que es doctrina jurisprudencial reiterada que el despido disciplinario sólo puede actuarse, según dispone el art.54 del E.T., si el trabajador ha observado en el cumplimiento de los deberes que le son exigibles, una acción u omisión reprochable, que sea grave y culpable, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos objetivos y subjetivos concurrentes en aquella, teniendo presentes los antecedentes de haberlos y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la conducta



atribuida al trabajador se da o no esa gravedad y culpabilidad que cómo requisitos de ineludible concurrencia exige el art. 14.1 del precepto legal mencionado;

Por otra parte sabido es, que cuando se trata de supuestos de despido disciplinario al demandado -empresa- le corresponde acreditar la veracidad de los hechos contenidos en la carta de despido, por la inversión de la carga de la prueba que establece una especie de "presunción de inocencia" en favor del trabajador, y finalmente en los casos de que la causa de despido alegada sea la recogida en el nº 2 d) del art., 54 ya mencionado reiteradamente también tiene reflejado el T.S., que es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad, que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone, así como, usar en exceso de la confianza que el empleado ha recibido de la empresa en razón del cargo que desempeñaba.

Y la buena fe contractual, que el precepto legal cuida de guardar es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el art. 5 a), en relación con el art. 20.2, ambos del Estatuto de los Trabajadores, impone al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que, como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1986 (RJ 1986\2609), después seguida por otras, «constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos ( arts. 7.1 y 1258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza». Y bien recuerda esa sentencia que no cualquier trasgresión 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, esto es la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada la resolución contractual basada en el incumplimiento del Trabajador ( art.1124 del Código Civil)».

El despido disciplinario, sigue siendo la máxima reacción punitiva que prevé la normativa laboral frente a incumplimientos del trabajador graves y culpables. Criterio de la culpabilidad que ha de quedar perfectamente delimitado en los hechos imputados. No sólo es necesario que los hechos sean graves, han de responder a una voluntad rebelde al cumplimiento de obligaciones y deberes laborales, teniendo en cuenta, las circunstancias concurrentes.

**TERCERO.**- Lo que ha quedado acreditado en el supuesto contemplado a tenor de los hechos probados de la resolución de instancia y de los que como tales se recogen en la fundamentación jurídica, es que el actor el día 25 de abril de 2022, entre las 01:51 y 01:53 cogió una Coca Cola sabor original del pasillo de refrescos. Conducta que no está prohibida en la reglamentación de la empresa siempre y cuando se proceda a su abono. Y que el procedimiento para su abono consiste en dejar el dinero y el código de barras en la Caja 1. Para su posterior comprobación. Lo que la empresa hizo con posterioridad al día 26 de abril, al hacer el recuento.

Por tanto consideramos que la manifestación que contiene la sentencia recurrida de que, "Alega y sostiene la defensa del trabajador que no es cierto que no abonara los productos, nada prueba al respecto, existiendo prueba en contrario al declarar la responsable de la caja 1, que una vez verificados todos los pagos en caja de productos consumidos en la noche, ninguno es de los que el actor habría cogido los días objeto de despido." Coloca al demandante en una situación de indefensión, pues la carga de la prueba en los procedimientos de despido recae sobre la empresa demandada, existiendo una suerte de presunción de inocencia en favor del trabajador, debiendo acreditar la empresa los hechos constitutivos de la carta de despido y la gravedad de estos. Y como efectivamente se alega en recurso, no es lo mismo pagar un producto en caja, donde te entregan un justificante de compra con el que podrás acreditar el pago del mismo, que dejar el dinero sin obtener justificación alguna en una caja cerrada, caja que por otra parte no se comprueba al día siguiente, sino en un recuento posterior, de forma que consideramos tal situación ocasiona indefensión al demandante, debiendo haber aportado la demandada otras pruebas que pudieran acreditar la conducta de impago de producto que no se hizo. De forma que tal situación conlleva a estimar que no resulta acreditado lo que se dice en la carta de despido, "coger una Coca Cola sabor original del pasillo de refrescos sin haber procedido a su abono".

Y por lo que respecta a las restantes conductas, " el 10 de mayo, entre las 01:49 y la 01:51, Ud cogió varios productos de merma del almacén, en concreto Pan Payesita, sin haber procedido a su abono y sin haber obtenido ningún tipo de autorización. -El 21 de mayo, entre las 01:54 y la 01:56 Ud cogió un producto de la zona del almacén, en concreto un Pan Payés mediano, el que se llevó a la sala de descanso para su consumo, y ello sin haber procedido a su abono en ningún momento y sin haber obtenido ningún tipo de autorización"

Consideramos que en atención a lo anteriormente expuesto, en los casos de que la causa de despido alegada sea la recogida en el nº 2 d) del art., 54 reiteradamente también tiene reflejado el T.S., que es requisito básico





que ha de concurrir para configurar la deslealtad, que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone, así como, usar en exceso de la confianza que el empleado ha recibido de la empresa en razón del cargo que desempeñaba. Y la buena fe contractual, que el precepto legal cuida de guardar es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el art. 5 a), en relación con el art. 20.2, ambos del Estatuto de los Trabajadores, impone al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que, como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1986 (RJ 1986\2609), después seguida por otras, «constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos ( arts. 7.1 y 1258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza». Y bien recuerda esa sentencia que no cualquier trasgresión 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, esto es la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada la resolución contractual basada en el incumplimiento del Trabajador ( art.1124 del Código Civil)».

Lo que consideramos no ocurre en el supuesto ahora contemplado, para ser merecedor de la sanción máxima de las que componen el ordenamiento laboral. Por lo que el despido operado al trabajador merece la calificación de improcedente, con las consecuencias inherentes a tal declaración.

**CUARTO.** - La declaración del despido como improcedente obliga a calcular la indemnización extintiva de acuerdo con el artículo 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre); con el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre) y, al haberse iniciado la relación laboral con anterioridad al 12 de febrero de 2012, con la disposición transitoria undécima del Estatuto de los Trabajadores.

El cálculo de esta indemnización debe hacerse sobre la base del periodo en que la parte actora ha prestado servicios laborales para el empleador, tomando como fecha inicial el día 10/02/2002 correspondiente a la antigüedad reconocida en esta resolución y como fecha final el día de extinción de la relación laboral 10/06/2022. El prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo ( sentencias del TS de 20 de julio de 2009, recurso 2398/2008, ECLI:ES:TS:2009:5261; 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011 ECLI:ES:TS:2012:4645; y 6 de mayo de 2014, recurso 562/2013, ECLI:ES:TS:2014:2125).

La indemnización correspondiente al periodo anterior al 12 de febrero de 2012 se calcula a razón de "cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año" ( disposición transitoria undécima del Estatuto de los Trabajadores). Ello significa que debemos contabilizar 121 meses en este primer periodo y que por cada uno de ellos se devengan 3,75 días indemnizatorios (45 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año). Debido a que los días indemnizatorios del primer periodo no superan los 720, también debe computarse el periodo de prestación de servicios posterior al 12 de febrero de 2012.

En el segundo periodo opera una indemnización de "treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año" ( disposición transitoria undécima del Estatuto de los Trabajadores). En consecuencia, debemos contabilizar 124 meses en el segundo periodo. Por cada uno de ellos se devengan 2,75 días indemnizatorios (33 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año). Sumando las indemnizaciones de ambos periodos, con el tope de 720 días, la indemnización por despido improcedente se cifra en. De esa cuantía debe deducirse la indemnización que por cese del contrato haya podido percibir la parte actora.

Y al no haberlo apreciado así, la juzgadora de instancia, su resolución es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con estimación de éste, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado y, en definitiva, estimatorio de la pretensión deducida en la demanda. Y en consecuencia.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del demandante, contra la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra en autos 415/2022, revocamos la sentencia recurrida, y con estimación de la de demanda, declaramos la **improcedencia** del despido, condenando a la empresa demandada a respetar tal declaración, y a que en el plazo de 5 días a contar desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o el abono de la indemnización de **48.782,39**



**euros;** en el caso de que opte por la readmisión deberá abonarle salarios de tramitación por importe diario de 67,75 euros/día, desde el despido y hasta la fecha de notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación; de no optar la empresa, se entiende que procede la readmisión.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**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 \*\*\*\* ++**).

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