

«CARIDAD ALIMENTARIA» CON PRODUCTOS «A LA VENTA»: ¿«JUSTA CAUSA» DE DESPIDO REGALAR «1 LIBRA DE PESCADILLA» O «12 DE COCHINILLO»?

Comentario al **Auto del Tribunal Supremo de 9 de
septiembre de 2015, RCU 3825/2014**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

*«... Le odio porque... en su baja simplicidad presta
dinero gratis y hace así descender la tasa de usura en
Venecia... Maldita sea mi tribu si le perdono».*

Shakespeare

El mercader de Venecia

1. MARCO LEGAL: RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y BUENA FE COMO DEBER

En términos del célebre paradigma de la «responsabilidad social corporativa» –RSC–, uno de los grupos empresariales españoles más reputados en nuestro país es la conocida cadena de supermercados Mercadona, que hace de la creación de confianza hacia el consumidor un eje esencial de su liderazgo. Gasta millones de euros en evidenciar y dar publicidad a su estrategia de «compromiso social» –además de medioambiental–, difundiendo por doquier su apuesta por el desarrollo de prácticas que no solo mitiguen el impacto de sus actividades en los entornos sino que promuevan el bienestar social. Entre estas prácticas de «compromiso social» destaca el mantenimiento de un programa periódico de donaciones a los diversos bancos de alimentos de España y de comedores sociales. Ahora bien, por más esfuerzo económico que se haga para tales campañas, e incluso por más que se pueda convertir en objeto de estudios científicos de casos exitosos, una decisión episódica o aislada, convenientemente difundida por los medios de comunicación y redes sociales como una «conducta socialmente irresponsable», puede arruinar, o cuando menos

deslucir, todos esos afanes. Ese podría ser el caso de la mediáticamente presentada como la «pescadilla más cara de la historia de Mercadona»¹.

El propio titular de la «prensa institucional», la del gabinete de comunicación del CGPJ, contribuye netamente a cuestionar la sinceridad de ese paradigma de RSC cuando el 20 de octubre de 2015 informaba del siguiente modo: «El Supremo confirma que hubo despido improcedente de una empleada de un supermercado por regalar una pescadilla que iban a tirar». Y ahonda en esa carga de profundidad contra tal paradigma de RSC con el subtítulo, que pone énfasis en que la trabajadora, con conducta tan socialmente dadivosa, no incurrió en «robo, hurto, malversación o apropiación indebida». Al margen del mayor o menor acierto en el plano técnico, cualidad de una información que suele ser ignorada en el dominante discurso mediático, la noticia alcanzó una extraordinaria difusión en los formatos hoy más «virales» –los que se propagan como un reguero de pólvora, con mecha encendida incluida–, los electrónicos y, consecuentemente, en las referidas redes sociales. ¿Cuál es el «pecado jurídico-social» en que habría incurrido tan reputado grupo empresarial?

La cadena de distribución aplicó a raja tabla el artículo 54.2 d) del ET (mismo precepto en la versión refundida del ET vigente), conforme al cual, se considera «justa causa» de despido, por revelar un incumplimiento grave y culpable, la lesión o «transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo». Como es bien conocido, se trata de la cuarta causa de incumplimiento legalmente prevista para habilitar un despido disciplinario y abarca cualquier desenvolvimiento anómalo de la actividad laboral en beneficio del trabajador y en perjuicio del interés de la empresa –sea económico en sentido estricto o a su imagen o reputación misma–, con grave quiebra del deber de reciprocidad de actitudes y trato que exige la relación laboral. Aunque hace mucho tiempo que, por mandato constitucional, este «deber de buena fe» a cargo del trabajador –equivalente al que el empleador está obligado en relación con el empleador– dejó de ser un «deber general de lealtad» de la persona del empleado hacia el empresario, no menos cierto es que en él se sigue dando cita una secuencia de obligaciones contractuales con especial carga «ético-social», por identificarse con estándares de conducta revestidos de una especial «honorabilidad, probidad y confianza» (por todas, la STS, Sala 4.ª, de 19 de julio de 2010, RCU 2643/2009).

Al respecto, sabido es que la llamada «tesis gradualista» exige aplicar la sanción de despido de forma proporcionada e individualizada. De ahí que no pueda actuar como primera medida a adoptar apenas se constata un incumplimiento sino como «última ratio», esto es, solo cuando la infracción alcance cierta gravedad (STS de 27 de enero de 2004, RCU 2233/2003). Pero no menos cierto es que, para esta concreta causa, aquella exigencia se relativiza, aunque no desaparece. En este sentido, la «pérdida de confianza» existe o no, pero no admite una graduación –se pierde o no, pero no a medias, ni «levemente»– y la transgresión se constata al margen de la entidad del perjuicio sufrido por la empresa y/o la voluntad o no de causarlo.

¹ <http://www.cronicaglobal.com/es/notices/2015/10/la-pescadilla-mas-cara-de-la-historia-de-mercadona-26914.php>

En este contexto legislativo y jurisprudencial, el artículo 34 del convenio colectivo de la empresa, en su apartado C, punto 1, considera como infracción muy grave «la deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con las personas del trabajo o cualquier otra persona al servicio de la Empresa en relación de trabajo con esta», y en el punto 4 del mismo apartado hace lo propio con «El robo, hurto o malversación cometidos, etc., 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.) ...». En cambio, se considera como una infracción grave «la mera desobediencia a sus superiores en el ejercicio de sus funciones o tareas de trabajo. Si la desobediencia es reiterada, implica quebranto manifiesto para el trabajo o de ella se derivase perjuicio notorio para la empresa, podrá ser considerada como falta muy grave» (apartado B, punto 4). El convenio colectivo regula las sanciones aplicables en cada caso y fija la siguiente –genérica– alternativa para las faltas muy graves: las mismas sanciones que para las graves (suspensión de empleo y sueldo de 16 días hasta 60 días) o el despido.

2. EL CASO CONCRETO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Una trabajadora, asignada, con la categoría de gerente, a la sección de pescadería de un supermercado del grupo Mercadona, que prestaba sus servicios desde el 1 de marzo de 1994 (más de 19 años), sin mácula disciplinaria alguna y sí alta valoración (recibió prima de productividad los años 2009, 2011 y 2013; en el informe anual de calidad de desempeño de la tarea obtuvo, sobre 10 puntos: 9,40 en 2007, 9,6 en 2008, 8,8 en 2011, y 8,8 en 2012), recibe carta de despido el 5 de octubre de 2013. El contenido era básicamente el siguiente:

«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, doña 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... solo incluía un producto, 1,615 kg. de caballa;... 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...».

En esa misma carta se constata que, requerida por el encargado de centro para que dé explicación, la trabajadora no solo reconoció que había entregado ese producto a la cliente, sino que era además algo normal, porque «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».

Repreguntada la trabajadora por el encargado sobre la honradez de una conducta de ese tipo y su justeza, respondió «un contundente ¡Pues claro!...». También se recoge que la trabajadora pagó en caja y de su bolsillo 4,25 euros, con lo que se reafirmaría el carácter anómalo de la conducta de la trabajadora, que de ese modo trató de «tapar» la reprobación de su conducta. Consecuentemente, en aplicación del artículo 34 C) 4 del Convenio, se procede a su despido disciplinario.

Recurrido por la trabajadora ante el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, este dictó sentencia en fecha de 19 de marzo de 2014 (autos 1105/13), estimando la pretensión. Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación por la parte empresarial. La STSJ de Cataluña 5969/2014, de 17 de septiembre, rec. núm. 3473/2014 lo desestimarán, rechazando todos y cada uno de los motivos de recurso. Así, junto a la usual invocación del apartado b) del artículo 193 de la [LRJS](#) –Revisión de hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas–, también usualmente negado por la doctrina judicial –FJ Segundo–, se alegó infracción del apartado c) del artículo 193 de aquel texto legal (infracción de la normativa aplicable o la jurisprudencia), más particularmente una pretendida incongruencia entre los hechos probados y la decisión judicial. Para la empresa, acreditado por el juzgador social el incumplimiento contractual de la trabajadora recogido en la carta de despido, la consecuencia jurídica no podría ser otra que la máxima sanción de despido. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también rechazará esta posición, por cuanto, atendiendo no solo al principio de preferencia de la valoración jurídica realizada por el juez sobre la hecha por las partes, sino a la referida doctrina gradualista, es perfectamente plausible que la verificación de una lesión o incumplimiento contractual admita una diferente ubicación jurídica, legal o convencional.

Si para la empresa la sentencia de instancia habría vulnerado no solo el artículo 54.2 d) del [ET](#) en relación con los artículos 34 y 35 del convenio colectivo aplicable, y el artículo 105 de la [LRJS](#), sin que resulte al caso la tesis gradualista –la transgresión de la confianza se produce, o no, si queda probado un hecho relevante, sin que haya grados–, para la Sala Social del TSJ se trataría de una infracción grave –desobediencia: incumple la regla prohibitiva de extraer o regalar productos de «rotura»–, pero no muy grave –robo o hurto–. Por lo tanto, no es la sanción de despido la que procedería según el convenio colectivo, sino otra más benévola, como la suspensión de empleo y sueldo. Por tanto, el despido sería improcedente.

Insistente la empresa en su convicción sobre la procedencia de su actuar, llevará hasta el Tribunal Supremo el conflicto, mediante el correspondiente recurso para la unificación de doctrina. A tal fin, invoca la STSJ de Andalucía/Málaga 41/2014, de 9 de enero (rec. núm. 1489/2013), que sí declaró procedente el despido de una empleada de una tienda de Mercadona en la ciudad de Málaga. En este caso, la sanción derivaba de haber regalado la trabajadora, que prestaba sus servicios como gerente de carnicería, «seis kilos» de cochinillo a un cliente, pretendidamente para animarle a que comprara más. Consta igualmente que la gerente de carnicería cogió una bandeja de pollo con la fecha cumplida, la abrió y puso el contenido en el mostrador a la venta, mezclándolo con otros productos. La trabajadora reconoció haber anotado posteriormente aquella carne como no apta para la venta –como «rotura»–, lo que era falso, pues no se hallaron en los llamados «bidones de cebo» –continentes de productos no aptos para la venta (roturas)–.

3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: SÍNTESIS DE LOS RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El [ATS de 9 de septiembre de 2015, RCU 3825/2014](#), declara la inadmisión del recurso por falta de contradicción (art. 219 [LRJS](#)). Ciertamente, la Sala reconoce la existencia de ciertas «semejanzas entre las sentencias comparadas»: 1. Puesto ocupado por ambas trabajadoras de una misma empresa; 2. Imputación de una conducta de transgresión de la buena fe y de la confianza consistente en una genérica acción de regalar a sendos clientes productos ofertados a la venta y 3. Pretendidamente «rotura» o productos no aptos para la venta en condiciones idóneas, por lo que sería más adecuada su donación que su desaprovechamiento. No obstante, el Tribunal Supremo considera que son mucho mayores las «diferencias», pues no solo son «distintas las concretas imputaciones que sustentan dicha transgresión» y «los hechos acreditados», sino también «las circunstancias concurrentes» tenidas principalmente en cuenta para la «valoración jurídica» de las respectivas conductas.

Dos son básicamente los argumentos esgrimidos por la doctrina jurisprudencial para alcanzar esa conclusión, uno genérico, relevante para todas las cuestiones de unificación de doctrina sobre los despidos disciplinarios, y otro específico, para el caso concreto. En el primer plano, la sala recuerda su Derecho de Precedentes al respecto, según el cual «salvo supuestos excepcionales, que aquí no concurren, no es materia propicia de la unificación de doctrina» la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del [ET](#), por el carácter individual de la valoración, estrictamente dependiente de las circunstancias del caso, muy variables.

En el segundo plano, la sala marca claras distancias entre una sentencia y otra, por lo tanto entre un asunto y otro, atendiendo a la concurrencia de circunstancias específicas en un caso que no están presentes en el otro y que evidenciaría la trascendencia de la constatación o no de «mala fe». Si en el caso de la «pescadilla», la trabajadora afrontó la conducta siempre con plena transparencia y convicción de que estaba ante una decisión honrada socialmente, sea o no equivocada respecto a los parámetros de la empresa, que lo tiene prohibido de manera expresa, en el caso del «cochinillo», al margen del tamaño de una pieza y otra, la trabajadora habría actuado de forma torticera y con ocultamientos, lo que evidencia una clara diferencia para la valoración jurídica.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y JUICIO DE PREVISIBILIDAD SOBRE SU CONSOLIDACIÓN COMO CRITERIO DE UNIFICACIÓN

La decisión jurisdiccional que glosamos reviste una manifiesta trascendencia, tanto teórica como práctica. Pero esta relevancia, que la hace ameritar un análisis específico, resulta bastante más palmaria en un plano ético-social que en el propiamente jurídico. No obstante, en este segundo plano de observación también nos ofrece sugerentes puntos de reflexión.

Situados en el ámbito más estrictamente jurídico, ciertamente parecería difícil extraer una enseñanza general que ayude a los operadores jurídicos a obtener criterios más previsibles en torno a la calificación como procedentes o improcedentes de conductas como las aquí son objeto de resolución jurisdiccional. La sala es muy consciente de ello. Más allá de la doctrina general recordada, en torno a la necesidad de una identidad sustancial y concreta de controversias, no ya meramente «abstractas» o «genéricas» (SSTS de [29 de abril de 2014](#), [RCUD 609/2013](#) y de [21 de enero de 2015](#), [RCUD 160/2014](#), entre otras muchas), llama expresamente la atención de cómo, para la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del [ET](#), es todavía más reducida, pero no nula, la utilidad del instrumento de la unificación jurisprudencial, por virtud de la doctrina de la valoración individualizada de circunstancias, que «normalmente no permite la generalización de las decisiones». Este plus de dificultad unificadora en materia del régimen disciplinario, clave para una gestión más cierta y segura del factor personal en las empresas, se proyectaría no solo respecto de la construcción de la «identidad fáctica que exige el artículo 219 LRJS», sino que afectaría también «de manera más profunda, a la propia función de unificación jurisprudencial», porque queda impedido para operar sobre «juicios empíricos de valoración de la conducta humana...», inherentes en este ámbito y fuente de un margen de «discrecionalidad valorativa» que no sería susceptible de unificación –FJ primero–.

De este modo, se reafirma la «vieja» jurisprudencia según la cual en esta tipología de juicios «los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable...» (SSTS, Sala 4.^a, de [19 de enero de 2011](#), [RCUD 1207/2010](#) y de [18 de diciembre de 2014](#), [RCUD 2810/2012](#)). Es evidente que llevada a su extremo, esta doctrina concluye en la pérdida de toda relevancia casacional a este tipo de litigios –rige en otras materias como la calificación de incapacidades o la valoración de incumplimientos de los empresarios a efectos de las acciones de resolución de contrato–, hasta el punto de reeditar la todavía más vetusta doctrina jurisprudencial que prácticamente prohíbe el acceso al recurso a la materia de calificación de las conductas sancionables disciplinariamente, porque «no solo resulta inadecuado en orden a la función unificadora, sino que comprometería gravemente el funcionamiento del recurso con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social» ([ATS, Sala 4.^a, de 5 de noviembre de 1998](#), [RCUD 4546/1997](#); recordado en las citadas SSTS de [19 de enero de 2011](#) y de [18 de diciembre de 2014](#); no así en el [ATS de 9 de septiembre de 2015](#)).

Aunque no podemos entrar en un análisis detenido de esta importante cuestión, no solo procesal, sí conviene poner de manifiesto que en el auto que comentamos, la sala desliza un claro juicio de desfavor, aun no pronunciándose sobre el fondo, sobre la conducta de la carnicera, y, por contraste, de favor hacia la llevada a cabo por la pescadera. A partir de él, sí es posible reconstruir una doctrina algo más general, y cierta, en torno a cómo deberían ser evaluados este tipo de conductas en orden a la calificación disciplinaria, más allá de las meras circunstancias de hecho –en el caso del cochinitillo, parece claro el criterio del «mayor peso», pues se trataba de una «pieza de seis kilos» (prácticamente una «docena de libras», según la vieja medida), mientras que en el

caso de la pescadilla parece que era claramente inferior al kilo (unas dos libras)²; aunque bien es sabido que ni la «calidad» ni el «precio» de los productos de venta se miden siempre al «peso»-. Al respecto, dos son los aspectos especialmente relevantes a tal fin. Primero, la mediación o no de una «buena fe» subjetiva, esto es, la actitud o creencia de la trabajadora respecto de su conducta objetivamente incumplidora, de modo que si esta se envuelve con conductas reveladoras de mala fe, ocultaciones y prácticas torticeras, quedará clara la gravedad de la conducta, moderándose si media esa buena fe u «honradez».

Segundo, y en conexión con la primera observación, la doctrina jurisprudencial parece confirmar claramente la aplicación también a estos casos de la teoría gradualista. La cuestión no es baladí, en la medida en que la doctrina de la Sala de Suplicación andaluza alegada como sentencia de contraste presupone la inaplicación de tal teoría «a los supuestos en que la falta disciplinaria concurrente sea la transgresión de la buena fe o el abuso de confianza [...] Por ello se incide en que la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios» –FJ cuarto, párrafo 4.º-. Pese a ello, deja claro que en el caso concreto la gravedad de las circunstancias concurrentes haría indudablemente aplicable, por sí mismas, el artículo 54 del ET. En cambio, la doctrina de la Sala de Suplicación catalana recurrida y confirmada por el Tribunal Supremo ahora, si bien con ausencia de pronunciamiento directo de fondo –a mi juicio sí indirecto o tangencial, como estamos tratando de evidenciar–, considera aplicable a estos supuestos la teoría gradualista –FJ quinto–, para lo que remite a su propia doctrina –STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2005, rec. núm. 8850/2004–. Y es en atención a la misma como concluye que se ha sobrevalorado la infracción, que sería solo grave –desobediencia a normas claras y conocidas de empresa–, y no muy grave, única que, en atención al convenio colectivo, permitiría aplicar la máxima sanción de despido.

Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia, no sin algunas vacilaciones y matizaciones, terminó por decantarse a favor de la aplicación también de la teoría gradualista (SSTS de 4 de marzo de 1991, rec. núm. 178/1990 y de [19 de julio de 2010](#), RCU 2643/2009). En tal sentido, el «caso del cochinitillo» marca, como se ha dicho, muy claras diferencias con el «caso de la pescadilla», porque constitutivas ambas del mismo tipo de incumplimiento ético-contractual (desobediencia a una terminante prohibición de la empresa que impediría llevar a cabo regalos a los clientes de productos de venta), en el primero se trató de «ocultar dolosamente tal ilícita actuación...».

Finalmente, y situándonos ahora en el que quizás constituye el principal plano de reflexión de la doctrina que analizamos, el del «enfoque de gestión de personas» –no ya solo de «recursos

² Para la conversión de 1 libra a kilogramos hay que dividir 1 entre 2,20462262. Esto es igual a multiplicar 1 por 0,4535923703803783. La fórmula es $[kg] = [lb]/2,20462262$. Con esta equivalencia sabemos cuánto es 1 libra en kilos. Así tenemos: 1 lb = 0,454 kg. El Tribunal Supremo hace referencia al hecho diferencial de la «cantidad nada desdeñable de producto cárnico –seis kilos de cochinitillo...».

humanos»— en las empresas que hacen de la «responsabilidad social corporativa» una seña de identidad, cabe preguntarse por la eficacia de tales enseñanzas a directivos que hacen del despido la primera medida correctora de eventuales infracciones. Máxime cuando se trata de una trabajadora de casi 20 años de antigüedad en la empresa con un historial inmaculado, y cuando se ha «vendido» por doquier un convenio colectivo nuevo asentado en el compromiso social. ¿Es alternativa de gestión empresarial aquella que sigue dejándose la evolución a la espalda? A veces una mala decisión puede arruinar las más sesudas estrategias de marketing.