

ARTÍCULOS

Teoría gradualista del despido

Florentino Eguaras Mendiri

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala Social

1. Aproximación

En diversos periódicos se publicó la noticia de que el Tribunal Supremo avalaba “el despido de la cajera de un súper que robó 4 artículos por valor de 5 euros”. En la crónica que nosotros leemos en EL DIARIO VASCO de 2 de noviembre de 2023 se dice que el asesor laboral de Garrigues, que era el que había defendido a la empresa, señalaba que “esta sentencia tiene notable relevancia por cuanto unifica doctrina en un ámbito en el que existían resoluciones contradictorias, estableciendo como criterio que todo hurto o apropiación de productos de la empresa, por muy escaso valor que pudieran tener, constituye una infracción de obligaciones laborales muy grave y, por tanto, merecedora de despido disciplinario”.

El comentario del indicado asesor se estaba refiriendo a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 17 de octubre de 2023, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5073/2022, y en la que se revocaba la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de junio de 2022, recurso de suplicación 744/2022.

Los términos utilizados en la noticia pudieran llevarnos a la conclusión de que existe un criterio objetivado que podría conducirnos a entender que los órganos judiciales son perfectamente prescindibles, por cuanto que cuando se ha producido un hurto o apropiación de productos de la empresa concurre una infracción laboral muy grave que es sancionable con el despido, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes, como el valor de lo sustraído o las particularidades del trabajador.

Pudiera parecer, después de leer esta noticia, que los órganos judiciales no son necesarios y que los despidos de este tipo ya no es preciso tramitarlos en los tribunales. Cuando el hecho del hurto por el trabajador esté acreditado su consecuencia es el despido.

Cuenta Adela Cortina que un compañero suyo, profesor de griego, todos los cursos debía justificar su asignatura ante la pregunta de alumnos y padres de que para qué servía eso del griego, aburrido de explicaciones solo decía: “a ustedes para aprobar y a mí para comer”. Pues nosotros lo mismo, escribimos este artículo para mantenernos vivos y que el art. 117 de la Constitución Española cuando dice en su nº 3 que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, siga teniendo aplicación, y los jueces mantengamos una función que realizar en el mundo laboral, enjuiciando los conflictos.

Nos sentimos especialmente implicados en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el recurso 5073/2022 que vamos a intentar comentar. Se trataba en este recurso de un procedimiento que era del Tribunal Superior de Justicia al que pertenecemos, el del País Vasco, y ya solo este hecho nos ha obligado a manifestarnos sobre el criterio sostenido por el Tribunal Supremo; pero, además, porque como juez que soy creo que debo reivindicar la función judicial laboral, y, yendo algo más lejos, el mismo derecho del trabajo.

A través de este artículo intentaremos demostrar que en el enjuiciamiento de los conflictos sociales referidos a los despidos, nada es sencillo, y si las soluciones que se alcanzan lo son es porque no se ha profundizado en el microcosmos del mundo del trabajo.

La sentencia que nos sirve de guía es la del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2023, recurso de unificación de doctrina número 5073/2022, sentencia nº 750/23.

2. Supuesto enjuiciado

Resumiremos brevemente el supuesto que se enjuició en el caso que se presenta y las resoluciones dictadas en él, estas son: a) la de instancia del Juzgado; b) de la Sala del TSJ País Vasco; y, c) la del Tribunal Supremo. Se observará que nos detenemos en la sentencia de instancia, y ello porque no solo nos relata los hechos base, sino, también, porque, a nuestro juicio, contiene las argumentaciones más precisas, acertadas y razonables de todas las ofertadas en las resoluciones que referimos.

- a) El Juzgado de lo Social número uno de los de Vitoria examinó el proceso de despido que se resolvió por el Tribunal Supremo, dictando sentencia el 14 de enero de 2022. De la misma extraemos los datos de lo acontecido.

Se trata de una trabajadora que presta servicios para la empresa Supermercados Champion con la categoría de grupo profesional B. Se le remitió carta de despido en la que se le imputaba la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo de conformidad al art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como las faltas muy graves descritas en el artículo 52.III.C) apartados dos y trece del convenio de la empresa. Estos indican: “2. El fraude, aceptación de recompensas

o favores de cualquier índole de terceros con motivo o con ocasión de la vinculación con la empresa del trabajador, así como la apropiación indebida de muestras promocionales o cualquier otro tipo de artículo, descuento o beneficio destinado a clientes, con independencia de que tenga o no valor de mercado; la deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas...”; y, el número 13, que es la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Se tuvieron como hechos probados en la sentencia que se dictó que la trabajadora finalizada su jornada, cuando fue requerida por el jefe de turno en los controles rutinarios de fin de turno, portaba en el interior de una bolsa artículos cuyo abono se había realizado en una de las cajas de auto-cobro, si bien respecto a cuatro productos, dos difusores eléctricos y dos recambios de ambientador, su pago no constaba, alcanzando los mismos un valor al público de 5.52 euros.

Destaca la sentencia que la trabajadora no había recibido sanción previa alguna y que solicitó la revisión de las cámaras de video vigilancia, lo que no fue atendido por la empresa.

La respuesta del Juzgado nos parece sumamente ilustrativa y razonada. Después de transcribir diversas resoluciones del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia del País Vasco, señala que todo despido requiere una conducta grave y culpable del trabajador y respecto a este último elemento subjetivo, reproducimos por su interés aquello que argumentó:

“Y en este sentido tengo dudas de esa intención deliberada que la empresa atribuye a la trabajadora. La tesis empresarial sostiene que no se trató de un descuido o despiste de la empleada quien sostuvo en el pliego de descargo...Pero también lo es que, en detrimento de esa intencionalidad que la empresa quiere atribuir a la trabajadora, sorprende que ésta portara los artículos de marras en una bolsa – junto con el resto de artículos abonados – de manera visible - siendo conocedora -como empleada- de los controles rutinarios que se pasan al terminar el turno de trabajo (testifical del Sr...). Por otro lado, usar el sistema de auto-cobro no significa necesariamente escapar a cualquier control, pues, existen cámaras de video-vigilancia que acechan en esa zona de cajas. Y la trabajadora lo sabía. Es más, la actora, en afán exculpatario, solicitó en su momento oportuno la revisión de las cámaras (pliego de descargos, al f. 252), sin embargo, no consta que la empresa accediera a tal petición, ni su motivo...¿Por qué no lo hizo la empresa cuando se lo pidió la trabajadora?. ¿Se hizo y se visualizaron imágenes que por algún motivo no convenía a los intereses empresariales? Nada sabemos. Por último, en este contexto, tampoco debe sorprender que la trabajadora, en un principio, asegurara que había pagado todos los productos (en su creencia de haberlo hecho) para después, sosegadamente, ofrecer una explicación...”

Termina sobre este punto la sentencia de instancia por indicar que:

“Por tanto, dudas sobre la clara intencionalidad que la empresa quiere atribuir al actuar de la actora”.

Y, en orden al elemento de la gravedad, la sentencia de instancia aplica la teoría gradua- lista del despido o de la proporción de la sanción y precisa:

“...entiendo que cuando la empresa descubre el comportamiento de la empleada pudo poner remedio a su proceder de manera suficiente, ejemplarizante, disuasoria y con visos de restaurar la quiebra producida en la relación laboral, mediante la aplicación de cualquier otro tipo sanción, incluso en su grado más elevado (suspensión hasta 60 días), sin necesidad de extinguir la relación laboral so pena de incurrir en un exceso en el ejercicio del derecho de sanción...Nótese que contamos con una antigüedad nada desdeñable (5 de enero de 2017), un modesto grupo profesional (lejos de representar un cargo basado en una mayor confianza y responsabilidad), una trayectoria sin ningún tipo de anomalía (no se ha puesto en duda); una apropiación, no consumada, de unos productos que no llega a 6 euros lo que hace que la transcendencia del hecho sea sumamente escasa, con un perjuicio insignificante para la empresa; sin que exista ningún tipo de incidencia en orden a terceras personas, compañeros, credibilidad empresarial, repercusión en su tráfico o en su actividad productiva”.

Hemos creído importante el transcribir expresamente la argumentación del magistrado de instancia porque recoge un ponderado criterio sobre los requisitos del despido disciplinario, en orden a los que ha girado tradicionalmente la doctrina jurisprudencial. A saber, la gravedad y culpabilidad de la conducta del trabajador, la que es susceptible de ser sancionada de acuerdo con el postulado del despido del art. 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, que señala que el contrato puede extinguirse por decisión del empresario mediante un incumplimiento del trabajador, si concurren ambos elementos de gravedad y culpabilidad.

La sentencia dictada por el Juzgado se centra en dos conclusiones:

1. No consta que la trabajadora realizase una acción voluntaria de apropiarse de material empresarial, pues los actos periféricos de su conducta demuestran una indefinición que inclina al magistrado a entender que no existió un ánimo apropiatorio, pudiendo tratarse más bien de un despiste acorde con el sistema de auto cobro. Ello lo extrae de la propia conducta de la trabajadora y de la voluntad obstruccionista de la empresa, que se opuso a una exhibición del visionado de las cámaras para por medio de ellas comprobar por el sistema de vigilancia el proceder de la demandante, y, en definitiva, los hechos imputados.
2. En todo caso, considera la sentencia de instancia que es aplicable la tradicional doctrina gradualista del despido, y para ello se apoya en que el hecho no tiene relevancia suficiente, en cuanto carece de gravedad, vista la escasa cuantía de los productos impagados; valorando, igualmente, para obtener su conclusión la antigüedad, el modesto grupo profesional de la trabajadora y la inexistencia de perjuicio a la empresa. Todo ello lleva al magistrado a concluir que hay un desajuste entre la sanción y los hechos imputados.

Por lo anterior, se ha considerado en la instancia que el despido impuesto es una sanción desproporcionada, constituyendo un supuesto de despido improcedente, y que la empresa podía satisfacer su interés con una medida menos traumática de entre las que regula el mismo convenio colectivo.

- b) Recurre la empresa esta resolución del Juzgado y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia confirmatoria el 14 de junio de 2022 en el recurso 744/2022, en la que se avala la sentencia del Juzgado señalando que la tradicional teoría gradualista del despido exige que en el enjuiciamiento de

cada caso de despido se valoren las circunstancias individuales que concurren, lo que “conlleva que el hurto no constituye motivo automático para el despido”. Y destaca la antigüedad de la trabajadora; la inexistencia de alguna sanción previa; que el hecho se produjo sin maquinación u ocultamiento tendente a no ser descubierta la acción; y, que el valor de lo sustraído era muy escaso, con ínfimo lucro para la trabajadora y despreciable perjuicio para la empresa.

- c) Persiste la empresa en su intención de despedir a la trabajadora y presenta recurso ante el Tribunal Supremo. En esta sede se tramita el recurso de casación para la unificación de doctrina número 5073/2022, en el que se dicta la sentencia de 17 de octubre de 2023, y en la que se estima el recurso de la empresa y se casa y anula la sentencia de 14 de junio de 2022 del recurso de suplicación nº 744/2022 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, considerando procedente el despido.

Destacamos de los razonamientos del Tribunal Supremo, en primer lugar, el análisis de la viabilidad del recurso, sobre la existencia de contradicción con la sentencia que se había presentado por la empresa para el juicio de contraste, que era la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de junio de 2013, recurso 485/2013. En esta se abordaba un supuesto de la misma empresa, en el que la trabajadora, cajera, no pudo justificar el pago de unas zapatillas por importe de 6 euros. En este caso, el juez de instancia declaró el despido procedente confirmando este criterio la Sala. Este órgano judicial señalaba que:

“...Esta conducta es obvio que quebranta el deber de lealtad y probidad que la trabajadora tiene para con la empresa y pese a la escasa cuantía de las zapatillas, que no niega haber sustraído, entendemos que es grave, puesto que limita y mucho la confianza depositada por la empresa en su trabajo...”

La sentencia que comentamos del Tribunal Supremo analizando la cuestión de fondo, que es el hurto de material de la empresa, y en concreto los artículos invocados en la comunicación de despido, y el concepto de transgresión de la buena fe y abuso de confianza, precisa que la apropiación de dinero o de productos constituye un supuesto de transgresión contractual y, en este caso, además, esta conducta está tipificada como falta muy grave en el convenio colectivo empresarial, sancionable, entre otras medidas, con el despido.

Partiendo de lo anterior se indica que es un deber del trabajador el comportarse conforme a las reglas de la buena fe, siendo uno de los pilares de la relación laboral este comportamiento, cuyo incumplimiento puede ser objeto de sanción disciplinaria. Si el trabajador, continua esta sentencia, se apropia de bienes de la empresa no sólo causa un perjuicio empresarial sino que compromete la situación personal de los trabajadores que prestan servicio en el establecimiento, y, al margen del mayor o menor perjuicio que suponga el valor de los objetos hurtados:

“...lo más relevante es sin duda que una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora que ocupa un puesto de trabajo como cajera...”

De manera, sigue argumentando del Tribunal Supremo, que no es razonable que el empleador carezca de la posibilidad de aplicar algún tipo de sanción a la trabajadora que

con esos antecedentes volvería a desempeñar esas funciones en su puesto de trabajo, pese a conocer que ya se ha apropiado de productos. En definitiva, se añade que:

“...La pérdida de confianza y la transgresión de la buena fe es lo que justifica la sanción al trabajador en los supuestos en los que se apropia de bienes de la empresa de escasa relevancia y mínimo valor económico. Y por escasa complejidad que tenga, en apariencia, la realización de un acto como el de apropiarse de los productos colocados en unas estanterías y sacarlos por la caja de auto-pago sin abonarlos, el dato cierto y objetivo que no puede desconocerse, es que ha actuado intencionadamente y de forma deliberada en perjuicio de su empresa, con independencia del valor económico de lo sustraído, con la realización de una conducta ilícita y manifiestamente contraria a derecho, lo que es bastante, en este concreto caso, para constatar una reprobable acción, que faculta y legitima a la empresa para sancionar su conducta, de conformidad, con lo previsto al efecto en el convenio colectivo de aplicación...”

Los argumentos vertidos por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2023, los podemos resumir:

- La transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza son causas del despido, y constituye un supuesto tal la apropiación de material empresarial.
- En casos de sustracción de productos empresariales existe una quiebra de la confianza y ello determina el que el empresario queda facultado para el despido.
- Cuando concurre una apropiación de bienes empresariales la conducta del trabajador es grave y contraria a derecho, siendo indiferente el importe del material sustraído y el resto de circunstancias concurrentes y del despido.
- Toda apropiación de productos de la empresa lleva consigo un perjuicio para la empresa y el resto de trabajadores.

3. Función judicial: El principio de proporcionalidad

- a) **Significado y origen laboral del principio de proporcionalidad:** Este principio es el equilibrio entre el acto ilícito y su sanción, de forma que exista una correspondencia entre el actuar que se sanciona y el castigo impuesto. En el derecho del trabajo este principio se encuadra en la llamada doctrina o teoría gradualista del despido, que se ha creado por la jurisprudencia y que significa que la sanción impuesta debe ser proporcional a la falta cometida.

El origen de esta doctrina se encuentra en el derecho penal, y ya se contemplaba en nuestro derecho en el código penal de 1822. Básicamente, consiste su configuración en una limitación a la utilidad preventiva de la pena, que no siempre es necesario que alcance su finalidad represiva. En determinadas circunstancias es útil el sacrificar el fin retributivo de la pena y renunciar a la aflicción que provoca en el reo. Las denominadas reglas de la métrica penal pretenden otorgar a los órganos judiciales la individualización y concreción de la pena, dentro de las previsiones fijadas por la legislación penal. El traspaso al orden judicial laboral de esta dinámica punitiva, observada en los órganos judiciales penales, vino de la mano de las circunstancias políticas españolas.

En tiempos de penuria de una normativa laboral consistente, y fundamentalmente en el Régimen post-bélico en que concurría un escaso desarrollo del derecho del trabajo, justificado en un pseudo-proteccionismo que fomentaba el impulso empresarial con costes salariales bajos, había una carencia retributiva que se “suplía” con la estabilidad en el empleo. El sistema de relaciones laborales ideado legalmente en el Fuero del Trabajo de 1938 era un exponente de este diseño. Se recogía en este texto una retribución que fuese “suficiente para proporcionar al trabajador y su familia una vida moral y digna”, y, encargaba al Estado el velar “por la seguridad y continuidad en el trabajo” (Fuero del Trabajo, declaración III, números 1 y 6).

La capacidad de despedir del empresario se ha caracterizado por el gravamen económico que para este supone. El despido español ha sido libre pero “costoso” –hoy menos-, y este encarecimiento del despido ha servido de compensación de lo exiguo que eran los salarios. El imaginario laboral ha girado sobre la idea de un despido caro, que compensa los bajos costes salariales. Si bien este mantra de la carestía del despido ha sido permanente criticado, atribuyéndole un constante defecto a nuestras relaciones laborales, no lo ha sido tanto que su correspondencia ha sido el umbral reducido de los salarios, y la brecha de género latente en los mismos. En 2021 la comparativa del salario medio en España con el del resto de países que conforman la Unión Europea sigue mostrando que los españoles ganan un 20,2% menos que la media de todo el territorio europeo.

Podemos concluir que los Tribunales laborales asumieron cierta responsabilidad y compromiso con las previsiones fundamentales y con el derecho laboral, y a este lo tintaron con la inercia social de la protección del puesto de trabajo y con una presunta estabilidad en el trabajo que compensase las directrices empresariales de mínimos salariales. Una de las técnicas para aplicar judicialmente este paradigma –bajos salarios contrarrestados con la dificultad del despido- fue la configuración de la que se ha denominado teoría gradualista o proporcional del despido. Adecuando con ella el derecho sancionador en el ámbito de las relaciones laborales.

La incidencia del derecho penal en la aplicación judicial de la materia laboral del despido, del espectro sancionador y en general de las facultades disciplinarias del empresario, han implicado el que siga siendo un criterio subyacente al examinarse por los órganos judiciales la materia sancionadora el heredado de la perspectiva penalista, que se ha integrado en el desarrollo de la teoría gradualista del despido.

En la conformación del derecho laboral los agentes principales son los trabajadores y empresarios. Ellos configuran la fuente primigenia del derecho del trabajo: el Convenio Colectivo. Los tribunales laborales son actores también del derecho laboral, contribuyen a lo que en anteriores exposiciones hemos denominado el constructivismo, que simplificada consiste en la participación de los jueces laborales en la creación del derecho del trabajo. Una, precisamente, de las manifestaciones de este constructivismo es la interpretación de los convenios, y, para nuestro caso, la modulación de las facultades organizativas y disciplinarias que estos han previsto. Aquí, enlazamos con la doctrina de la proporcionalidad del despido.

A lo largo de los años el Tribunal Supremo ha configurado esta doctrina, de manera que para valorar la decisión empresarial del despido disciplinario deben ser atendidas las circunstancias subjetivas y objetivas que acompañan al hecho imputado

al trabajador para, desde ellas, poder valorar la gravedad de la falta cometida y el ajuste de la sanción impuesta.

b) Contenido de la doctrina gradualista del despido: Como vemos no se trata de una teoría improvisada por los tribunales, o que responda a intereses coyunturales u oportunistas tanto de la empresa como del trabajador. Su persistencia en el tiempo ha determinado el que se constituya la doctrina proporcionalista del despido en un criterio interpretativo de los jueces, que axiológicamente la podemos ubicar en estas ramas:

1. En la ciencia del derecho que exige que toda la materia sancionadora sea contemplada desde la perspectiva de la restricción y la interpretación limitada. Partir de que quien dispone de las facultades sancionadoras debe llevar a cabo su utilización dentro de los límites jurídicos, y que estos exigen la prueba de los hechos sancionados y su adecuación punitiva, es un prius que impregnando el derecho penal y administrativo es transmitido a todos los órdenes del derecho. No es ajena nuestra Constitución a este postulado: en su art. 10 refiere el respeto a la ley y los derechos de los demás; y, en el 25 alude a la tipicidad y legalidad;
2. Dentro del derecho civil que exige el equilibrio en la reciprocidad de los negocios jurídicos bilaterales. No existen facultades exorbitantes en la rama privada del derecho para ninguno de los contratantes, a ambos se les exige el cumplimiento de sus obligaciones –ex arts. 1091 y 1124 del Código Civil-; y,
3. El derecho laboral no es ajeno a un fundamento axial de esta teoría gradualista. La exégesis del derecho del trabajo recorre un largo camino reivindicativo con la intención de proteger la asimetría entre el poder empresarial y el de los trabajadores. La modulación de las facultades disciplinarias del empresario por medio del instrumento de la teoría gradualista sirve de contrapeso a la posibilidad de resolver el contrato de trabajo de manera irracional por parte del empleador. El derecho al trabajo del art. 35 de la Constitución ha servido de amparo a la protección del puesto de trabajo frente a la volatilidad del empleo, y la utilización arbitraria que el empleador lleve a cabo de sus poderes organizativo y directivo en la empresa.

Desde una perspectiva más llana el Estatuto de los Trabajadores recoge en el artículo 49, 1, letra k) como causa de la extinción del contrato de trabajo el despido del trabajador. A este se refiere el artículo 54 del mismo texto cuando indica que el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. En todo caso, la facultad disciplinaria se corresponde con el deber del trabajador de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia –ex art. 5, a) del Estatuto de los Trabajadores- y las potestades organizativas del empresario que implican, para el trabajador, el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato, de acuerdo a la diligencia y colaboración exigibles desde las disposiciones legales, pasando por los convenios colectivos y las órdenes e instrucciones adoptadas por el empresario, según señala el artículo 20, número dos del Estatuto.

De esta facultad empresarial resolutoria del contrato se desprende que el trabajador para ser despedido ha de incurrir en una conducta que entrañe un incumplimiento contractual que sea grave y culpable. Tres requisitos son necesarios para extinguir el contrato de trabajo por aplicación de la facultad disciplinaria empresarial: incumplimiento, gravedad y culpabilidad. Elementos los tres esencialmente jurídicos.

Todavía, va a ser necesario recordar el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. En su artículo 4 este indica que no *“se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*.

Y, en esta misma tesitura, el art. 24 de la Carta Social Europea nos recuerda *“el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”*.

En consecuencia, el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores supone una mayor especificación de las previsiones tanto del Convenio 158 como del artículo 24 de la Carta Social Europea, al concretar los requisitos que debe revestir la conducta del trabajador para ser despedido, y que son los dichos de incumplimiento contractual, gravedad y culpabilidad en la conducta.

- c) **Juridicidad del despido:** Las relaciones jurídicas que nacen de los negocios jurídicos implican que el derecho sea el elemento evaluador de las prestaciones que surgen en ellos. Todo negocio jurídico se basa en la autonomía de la voluntad, que incluye el conocimiento y la capacidad de decisión para expresar un consentimiento libre. Sin este elemento primigenio no existe voluntad, y su configuración pertenece al simbolismo racional que es el derecho. Lo que en las relaciones sociales ordinarias contiene un significado, en las de derecho lleva consigo otro. La interacción social y la compulsión que la misma secuencia entre los sujetos no es equiparable a las valoraciones que aporta el subsistema jurídico.

En el mundo del derecho las conductas se definen por los instrumentos jurídicos, y no por la doxa –opinión- social, aunque esta haya podido determinar ciertas configuraciones en las fuentes creativas del derecho. Con ello queremos reclamar que no se trata a la hora de enjuiciar los despidos de evaluar el deber ser social o metajurídico, sino de la aplicación del derecho y sus conceptos. Conductas que pueden repudiarse socialmente podrán ser independientes de este juicio social en el derecho. Y, es que, efectivamente, ni la ética ni la moral social son consideradas en la fijación del despido jurídico. Dejar al margen ponderaciones de naturalismo social cuando se valora un despido es un prius imprescindible de la función jurídica de todo actor del derecho laboral.

Y, es por ello que cuando evaluamos supuestos de despido disciplinario debemos considerar los elementos del derecho, y concretamente los conceptos e instituciones propios del derecho del trabajo.

- d) **Conductas sancionables:** El despido disciplinario exige un incumplimiento contractual grave y culpable. Y, es en estos elementos en los que incide la teoría gra-

dualista del despido. Esta consiste en examinar si ha existido una quiebra de las obligaciones contractuales y exige que haya concurrido un proceder culpable y grave del trabajador.

Es culpable la conducta cuando es atribuible al sujeto y, por tanto, es expresión de su voluntad de incumplir sus obligaciones contractuales. Se requiere consciencia del sujeto de llevar a cabo algún ilícito, un proceder irregular y ajeno a lo que es el devenir ordinario del tracto sucesivo del contrato de trabajo.

La gravedad incide en que la conducta transgresora revista importancia, notoriedad, grandeza, peso específico. Negativamente significa que no sea algo nimio, sin relevancia o repercusión.

Es en este marco en el que se articula y delimita la teoría gradualista. La pérdida del puesto de trabajo por incumplimiento del trabajador exige un proceder voluntario y grave de este. La facultad de resolver un contrato de forma unilateral por una de las partes contratantes requiere, art. 1124 del Código Civil, una contravención de la contraparte, no una simple anomalía en las prestaciones exigibles en el contrato.

Nos encontramos en esta tesitura a la hora de acercarnos al caso que intentamos valorar: examinar la gravedad y culpabilidad de la trabajadora. Y, en este juicio, lo primero que debemos erradicar son las consideraciones éticas o morales, evitar introducir el mundo del deber ser en lo que pertenece al entorno del ser. La ley de Hume –imposibilidad del tránsito del deber ser al ser- rige en toda su plenitud cuando se trata del derecho, donde los iusnaturalismos metajurídicos se encuentran hoy superados. Aludimos a ello porque en el supuesto que contemplamos, recordemos un hurto de la trabajadora, se imputa una transgresión de la buena fe contractual y el abuso de la confianza, términos fácilmente conducibles a la esfera del deber ser y la valoración ética.

El art. 54, 2, d) del Estatuto de los Trabajadores, falta imputada a la trabajadora, se refiere a la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Buena fe y abuso de confianza son términos y referencias conceptuales imprecisas. Susceptibles de ubicarse en los límites del derecho, con perfiles difíciles de definir y propicios a la incorporación de valoraciones extrajurídicas. Para evitar la tendencia centrifuga del derecho hacia entornos valorativos del deber ser, el despido por esta causa exige la rigurosidad en la acreditación de los dos elementos básicos del despido: culpabilidad y gravedad. Sin ellos, no hay transgresión contractual y causa de despido, y ello porque a la buena fe se contrapone la mala fe, que exige una voluntad defraudatoria; y al abuso de la confianza la exigencia de una especial y real obligación de confianza como prestación propia del contrato suscrito. Y estos elementos son de necesaria valoración en el despido. Así, por ejemplo, salvo relaciones especiales que implican una confianza en la persona, el contrato de trabajo en el desarrollo de sus prestaciones requiere ajustarse al parámetro ordinario de la confianza, sin exigirse una especial y gravada lealtad o fidelidad del trabajador a la empresa. La proporcionalidad de la medida del despido se corresponde con ello; se vulnera la confianza cuando esta es esencial en el contrato pactado, en otro caso se abusa de ella cuando la conducta del trabajador rebasa sobremanera el cumplimiento normal de las prestaciones.

Hay procedencia del despido cuando se supera el criterio de la graduación del despido. La teoría gradualista sirve de control para que la facultad empresarial de despedir por la vía del art. 54, 2 d) del Estatuto de los Trabajadores –transgresión de la buena fe y abuso de confianza- sea ajustada a la normalidad del derecho, no a situaciones excepcionales.

Los llamados juicios empíricos de la valoración de la conducta humana se imponen en estos casos desde la perspectiva de la gravedad y culpabilidad de la conducta del trabajador. Sin estos no hay despido, podrá existir otra sanción, pero no un despido.

- e) **Intervención judicial:** Hemos iniciado este comentario reivindicando la función judicial. No se trata en nuestro examen de realizar valoraciones generales, sino de concretar las previsiones legales.

Veamos que ya el art. 9 del Convenio OIT nº 158 obliga a los tribunales a examinar las causas invocadas en el despido para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para alcanzar un pronunciamiento sobre si la terminación del contrato estaba justificada. El artículo 58, 2 del Estatuto de los Trabajadores, indica que la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas serán revisables ante la jurisdicción competente.

Estas prevenciones legales exigen evitar los automatismos o las concepciones mecanicistas del derecho. Estos nos reconducen a los postulados positivistas originales, que reservaban a los jueces la función de buscar la norma y aplicarla sin más consideración e intervención que la de la fijación de los hechos encuadrables en la ley. Hoy, la admisión de la creatividad judicial se relaciona, entre otras instituciones, con la incorporación de la teoría gradualista, que incide en el examen de las conductas y su gravedad a los efectos de la valoración del despido.

Otro vector concurrente en todo despido es la carga probatoria que incumbe al empresario de acreditar no solo los hechos sancionados, sino su misma gravedad. Por citar solo una norma nos basta con remitirnos al art. 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para justificar este extremo.

Los jueces están obligados a valorar las faltas y las sanciones. Y ello implica un juicio de ponderación que sea jurídico. Primero, se excluye la aplicación directa de la previsión normativa, legal o convencional. No basta que se haya definido la conducta como sancionable para que el despido concurra; y, segundo, debe valorarse el hecho realizado por el sujeto y la sanción impuesta (test de proporcionalidad), de manera que existente la conducta sancionable la misma se ajuste a la sanción impuesta. Hay muchas medidas correctoras en el trabajo y la graduación de ellas es un postulado del derecho, de forma que, con independencia de la facultad que corresponde a la empresa de sancionar, la fiscalización jurídica de los órganos judiciales de ella obliga a comprobar el ajuste de la medida impuesta con la aplicación de los criterios jurídicos. El derecho no se nutre de zonas grises, al contrario, se expande sobre ellas e impone la claridad y seguridad que es su propio fundamento.

El empresario dispone de la facultad de sancionar, pero no es esta arbitraria o ajena al derecho, se ajusta a este, el que es definido por el equilibrio entre el incumpli-

miento laboral y la sanción impuesta por este. Y, es aquí donde los tribunales ejercen su función, que es valorar jurídicamente la sanción.

Por ello, ese comentario con el que iniciábamos nuestro artículo y que refería el asesor de la empresa en el caso que se examina es incorrecto. Nos decía el entrevistado que se había establecido “como criterio que todo hurto o apropiación de productos de la empresa, por muy escaso valor que pudieran tener, constituye una infracción de obligaciones laborales muy grave y, por tanto, merecedora de despido disciplinario”. Este juicio valorativo no se corresponde con la función de los tribunales en la materia sancionadora.

No es posible clarificar o pautar los despidos como el enjuiciado por el Tribunal Supremo, y ello porque la gravedad y culpabilidad dependerá de cada caso. No hay una receta única, sino múltiples variedades de respuestas a supuestos que aparentemente, al margen del derecho, pueden aparecer como similares. Y, una prueba de ello, en el plano de la legalidad ordinaria, nos la ofrece el art. 108, 1 de la ley 36/2011. Este precepto faculta al juez para que cuando no apreciase que “los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta”. Si concurre una claridad e interpretación única en la doctrina judicial sobre los casos de despido como el que comentamos, esta facultad del art. 108,1 ¿dónde la ubicamos? Este precepto es el reflejo de la potestad gradualista de los tribunales y una aplicación del marco jurídico a las relaciones laborales, y, en general, sociales.

- f) **Jurisdicción social:** La actividad de juzgar, en parte, consiste en la resolución de conflictos a través de la aplicación del derecho. Es la introducción en el mundo de las relaciones del componente jurídico, por el cual se impregnan las mismas de seguridad, confianza y estabilidad; y ello se lleva a cabo por los jueces. Dotar de juridicidad a la sociedad y sus conflictos es una modulación del poder, el que exclusivamente se atribuye a los órganos específicos del Estado, el que asume la capacidad de la compulsión social monopolizando la fuerza y privando a los sujetos particulares de ella. Los tribunales en su capacidad de resolución de las controversias quedan sometidos y afectados por el derecho, y, en nuestro caso, por el derecho laboral. El principio non liquet -art. 1, 7 del Código Civil- no tiene una simple virtualidad formal sino que es la expresión del poder del Estado de aplicar el derecho, que se apoya en la fuerza, por eso cualquier dejación de una real actividad judicial es un decaimiento de las facultades del ordenamiento de primar el derecho en el conjunto de las relaciones sociales. Este decaimiento lleva consigo el que se desarrollen zonas grises y vacíos en los que ya no existe el derecho sino la unilateralidad con los riesgos inherentes a ella. Renunciar en un procedimiento judicial a las circunstancias concurrentes puede conducir a desconocer la función jurisdiccional, y dejar que prevalezcan los intereses que el mundo del derecho pretende canalizar.

La intervención de los órganos judiciales en los conflictos laborales engarza con el nacimiento del derecho del trabajo y la intervención en el mundo laboral del Estado, con el fin de garantizar la paz social. La instrumentalización de un medio de racionalización del conflicto, de manera que el mismo discurra por unos cauces que controlan el posible desorden social que se puede generar cuando la confrontación

no es institucionalizada, implica: por un lado, que los actores sociales dejan de ser los monopolizadores del mundo laboral; y, de otro, que se crea un órgano ante el que se desarrollan los conflictos.

La jurisdicción social en general interviene en el proceso dinámico del derecho laboral, en constante evolución, aportando una parcela creativa junto a las fuentes primigenias del derecho del trabajo, que son el convenio colectivo y la ley. Otras veces, su presencia en el derecho del trabajo es específicamente jurisdiccional, al margen de las fuentes generadoras del mismo. Un caso de esto último es el control de las facultades sancionadoras del empresario.

La potestad punitiva siempre se caracteriza en las sociedades avanzadas por el control judicial. No existen esferas sancionadoras ajenas al derecho. Si se aceptaran estas zonas extramuros del derecho este perdería su esencia, que ha sido el control de la fuerza y el poder sometiéndolo a los dictados de la razón y la proporcionalidad. Articular la fuerza ha sido uno de los elementos configurador del nacimiento del derecho. También, en el trabajo la facultad de sancionar se presenta como un ejercicio de la fuerza, y como en las sociedades jurídicas la fuerza, en todos los niveles, es controlada sin admitirse una potestad individual de aplicarse, podemos concluir que el control de los despidos, máximo exponente de la facultad sancionadora en las empresas, es una función estricta de los órganos judiciales, incluso ajena a la participación como agentes y actores que respecto al derecho del trabajo se puede atribuir a los jueces.

La intervención judicial en el despido requiere un ejercicio funcional autónomo de los jueces, considerando para ello en el ámbito social las normativas laborales, sus principios y fuentes, pero también los criterios propios que nacen del derecho punitivo. Entre ellos la racionalidad y proporcionalidad. La aplicación mecánica de las sanciones constituye una renuncia a la propia actividad intrínseca de la función judicial.

El caso examinado en este comentario pudiera conducir, en la valoración del resultado que se oferta, a que los agentes sociales consideren que no hay en la actividad examinadora de los despidos por los órganos judiciales una verdadera actividad, sino más bien una aplicación tautológica. Esta la podemos definir con la aseveración de que tipificada la falta en el convenio, y determinada la conducta prevista en este, procede la sanción que el empresario gradúe a su arbitrio.

No es esta nuestra opinión, al contrario es la reivindicación de que las funciones judiciales son indeclinables.

g) Recapitulamos:

- La teoría gradualista es consecuencia de la aplicación del derecho.
- No existen ponderaciones al margen del derecho en el despido.
- La conducta del trabajador para que proceda un despido disciplinario requiere la acreditación de una conducta culposa y grave.
- Los conceptos indeterminados de buena fe y abuso de confianza se ajustan a sanciones proporcionadas a la conducta del trabajador y su repercusión.

- Los jueces están obligados a evitar el mecanicismo en el examen de los despidos y aplicar los criterios de proporcionalidad entre la sanción y la conducta enjuiciada.

4. La teoría gradualista en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2023

En aplicación de esta teoría gradualista a la que venimos refiriéndonos podemos encontrar precedentes jurisprudenciales muy similares al caso que ahora examinamos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1986, RJ 1986/3514, analiza el caso de un trabajador que se apropia de un rollo de papel higiénico, y a la hora de calificar esta conducta señala el Alto Tribunal: *“...es indudable que se está ante un acto que puede contribuir a que quiebre la confianza del empresario, pero alejado de los supuestos graves, a los que se refiere el artículo 54.1 del Estatuto citado, por lo que cabe sea sancionado proporcionalmente, con alguna de las sanciones que para falta muy grave ... sin llegar a la máxima, ...dada la correlación que debe existir entre el hecho sancionable y la sanción a imponer...”*. Termina por indicar la sentencia que la sanción debe guardar *“... el obligado enlace con el grado de gravedad y culpabilidad de los hechos conforme a reiterada doctrina legal...”*.

Si analizamos los términos de la sentencia que examinamos de 17 de octubre de 2023 del Tribunal Supremo podemos valorar que en la misma se ha prescindido de aplicar la teoría gradualista, la que directamente se ha rechazado. Realmente se ha considerado que la objetivación de una conducta de apropiación de material empresarial es una transgresión contractual de tal índole que obliga a prescindir de las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes. Se objetiva una conducta en esta sentencia y a partir de ella se omite cualquier ponderación de los elementos subjetivos de la trabajadora y sobre la gravedad de su actuación. Acude el Tribunal a una aplicación mecanicista del derecho en la que se prescinde de la aplicación de la teoría gradualista, la que significa tanto la actuación del derecho laboral como de la función judicial.

Con su argumentación el Tribunal Supremo lleva a cabo una declinación de la función jurisdiccional laboral, pues omite la labor de juzgar el caso. Para la sentencia que comentamos si se acredita la conducta de apropiación, automáticamente procede el despido porque el actuar del trabajador implica un supuesto de transgresión de la buena fe contractual de tal magnitud que conduce a perder la confianza, y posibilitar el despido procedente.

En la resolución analizada no se ha asumido, en términos generales, la función del art. 117 de la Constitución Española, acorde con el 2 de la Ley Orgánica 6/1985, y, además, se han quebrantado los principios básicos del derecho del trabajo. Recordemos, nuevamente, que el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo nueve refiere que los tribunales estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada. Destacamos que se hace referencia a la valoración de todas las circunstancias relacionadas con el caso, para poder concluir con la validez o incorrección de la decisión del despido.

El que el convenio colectivo haya tipificado una determinada falta y la haya encuadrado dentro de las susceptibles de ser sancionada con el despido, no empecina la aplicación de la anterior normativa referida y de las facultades fiscalizadoras de los órganos judiciales. La negociación colectiva no tiene capacidad para suplantar las normas indisponibles y de orden público que regulan el componente formal y material de la función judicial. Los convenios colectivos no se imponen frente al derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 de la Constitución Española, que es el que se consagra tanto en la legislación que hemos referido de la Organización Internacional del Trabajo o la Carta Social Europea, como del Estatuto de los Trabajadores –art. 58- y de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –art. 108-.

Es un derecho del trabajador el que el despido sea examinado por los tribunales englobando estas las circunstancias concurrentes, si se lleva a cabo una aplicación mecanicista en la labor judicial este derecho ha quedado anulado. La teoría gradualista es una exigencia que nace de los derechos de los trabajadores, y no es una facultad de libre disposición de los órganos judiciales sino que constituye una materia transversal en el derecho sancionador laboral.

Existe una quiebra de las exigencias del derecho del trabajo en el razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo en el recurso que examinamos, en cuanto que ha prescindido de evaluar las circunstancias concurrentes en la trabajadora, y que se le habían expuesto en las instancias inferiores. En estas se habían destacado la categoría y trayectoria profesional de la trabajadora; el ínfimo valor de lo sustraído; la carencia de una culpabilidad clara en el actuar de la trabajadora; y, el mínimo perjuicio empresarial. Y en estas consideraciones son en las que consiste la teoría gradualista.

La ruptura evidente que supone el nuevo criterio adoptado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de octubre de 2023 implica la introducción de un cambio de la tradicional aplicación de la teoría gradualista, que se ha considerado y elaborado dentro de la jurisdicción laboral y en el ámbito del orden sancionador empresarial.

La profunda implicación de la teoría gradualista, y la entidad del nuevo sesgo adoptado por el Tribunal Supremo, hubiese requerido una mayor argumentación en su sentencia, en cuanto que separarse de una trayectoria consolidada que rompe con los principios del derecho del trabajo presenta una magnitud suficiente para exigir una rigurosa explicación; y, porque prescindir, como se prescinde en la solución ofertada por el Tribunal, de la función judicial laboral y de sus criterios previos, distorsiona de tal forma el sistema y la implicación de los órganos judiciales en la materia del trabajo, que precisa de una explicación concreta de tal viraje.

La sentencia que comentamos no lleva a cabo una eficaz función judicial. Realmente lo que hace es reproducir el convenio sin valorar las circunstancias concurrentes. Y estas, en nuestro caso, eran muy relevantes, tal y como había puesto de manifiesto el magistrado que dictó la sentencia en el Juzgado, y que recalcó la Sala de lo Social del País Vasco.

Recordemos que en la instancia se indicó que existían dudas razonables de la culpabilidad de la trabajadora, en orden a que su conducta hubiese sido intencionada de apropiarse de material empresarial sin abonar su precio. Para obtener esta conclusión se aludió a la negativa empresarial de que se visionasen las cámaras, a la posibilidad de un error de apreciación en la trabajadora de que no se habían abonado los enseres cuestionados

en el sistema de auto pago. También se hacía referencia a la colaboración de esta en la investigación y una operativa de ella sin ningún signo de ocultamiento. Y, por último, se valoró la que se denominó su modesta categoría y la carencia de antecedentes.

Ninguna de estas circunstancias se ha mencionado en la sentencia del Tribunal Supremo. Y ello es relevante desde dos perspectivas:

- a) El juicio de contradicción para el acceso al recurso de unificación de doctrina en materia de despido es normalmente sumamente riguroso, porque se viene indicando que el despido disciplinario no es una materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de apreciar que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que “en estos casos la decisión judicial se funda una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera del ámbito específico” (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007, recurso 2486/2006).

La sentencia que examinamos no ha aludido a los extremos que recalcó el Juzgado de instancia para declarar la improcedencia del despido, y exclusivamente ha definido la identidad de conductas entre las sentencias de contraste, prescindiendo de las circunstancias concurrentes, que eran las que debieran de haberse valorado para el posible enjuiciamiento del caso. Así, se ha omitido indicar que en la sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia Madrid de 22 de julio de 2013, recurso 485/2013, se partía de que la trabajadora había reconocido los hechos –hecho probado tercero de la sentencia de instancia-, circunstancia muy diferente a la que ha dado lugar a la sentencia que comentamos de 17 de octubre de 2023, en la que el presupuesto era el de que la despedida negaba el hurto.

- b) Se han obviado los elementos objetivos y subjetivos concurrentes para valorar la conducta de la trabajadora. Y ellos sí que habían sido considerados en las instancias inferiores, tanto por el Juzgado como por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Ninguna justificación oferta la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2023 sobre las dudas expresadas de una conducta por parte de la trabajadora de apropiarse de material empresarial. Y, tampoco, se evalúa que la conducta de la trabajadora no ha sido grave, porque ya se considera que la misma lo es, partiéndose del a priori de que la transgresión de la buena fe es motivo de despido, teniéndose por tal el hurto.

Se ha despreciado la consideración del importe y el valor de los bienes sustraídos. Se atribuye a la trabajadora, sin especial consignación en su contrato de trabajo de un elemento resaltable de confianza, una responsabilidad que es impropia de su categoría y retribución. Se le grava a la despedida con una connotación de relevancia de la que carece, y una funcionalidad en su categoría que no es apreciable. Tampoco, como se indicaba en la sentencia que accedió al Tribunal Supremo, puede considerarse que en una empresa de la entidad de la demandada se haya producido un perjuicio que sea de alguna valoración, o que el resto de trabajadores hayan sufrido algún perjuicio por el actuar de la despedida. Se ha magnificado lo que resulta ser inferior en su catalogación.

De todos estos elementos se ha prescindido, y más bien se nos presenta el juicio del Tribunal Supremo como una valoración ética y moral, impropia del derecho y

más bien encuadrable en los comités éticos, a los que deben ser ajenos los tribunales en sus resoluciones. Postulamos el ser del derecho al margen del deber ser.

5. Reciprocidad y test de sustitución

Hemos señalado que uno de los requisitos del despido disciplinario es el del incumplimiento del contrato de trabajo. La reciprocidad de las prestaciones lleva aparejada la facultad de resolver el contrato de trabajo si se produce el incumplimiento por una de las partes contratantes, art. 1124 del Código Civil.

Los contratos se someten a las consecuencias que derivan de la buena fe, art. 1258 del texto sustantivo referido. Ya se ha destacado que el contrato de trabajo queda presidido por el principio de buena fe, arts 5, a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores. Pero ¿todo incumplimiento contractual implica la facultad de resolver el contrato de trabajo? Según la sentencia que comentamos en el caso de hurto, en cualquier circunstancia y por cualquier valor de lo apropiado, sí faculta. ¿Esta rígida interpretación del incumplimiento del contrato por parte del trabajador es simétrica a la que se oferta ante el incumplimiento empresarial?

Si expandimos la facultad de extinguir el contrato de trabajo por el trabajador de forma similar a la aplicación que se ha realizado por el Tribunal Supremo de la capacidad extintiva del contrato por el empresario en el caso de hurto, concluiremos, o podremos llegar a la conclusión, de que cualquier transgresión sobre alguna prestación que sea propia de la empresa implica que el trabajador pueda resolver el contrato a su instancia. Pierde el trabajador la confianza en su empresa, y en que esta cumpla sus obligaciones, cuando se produce una falta del pago del salario; o, cuando se deniegan derechos indisponibles como el del disfrute de las vacaciones. Podemos imaginar muchos incumplimientos empresariales, y en todos ellos se pierde la confianza, en ellos concurre una deslealtad del empresario. Estas transgresiones empresariales tendremos que contemplarlas como quiebras de la bona fides, de la lealtad, en fin, del contrato de trabajo. El principio *do ut des* en el derecho obliga a que la coherencia judicial conduzca a concluir con la simetría en el tratamiento de las partes de su derecho de instar la resolución del contrato.

El test de sustitución equipara a las partes del contrato.

Por último, la interpretación gradualista del despido se alinea con el principio *pro operario*. Ya señalábamos hace tiempo, en esta misma publicación, el giro del principio *pro operario* al *contra operario*. Un nuevo ejemplo de esta tendencia la encontramos en la devaluación de la teoría gradualista. La interpretación que nos oferta el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos no la ubicamos en ese principio interpretativo del contrato de trabajo favoreciendo al trabajador –*pro operario*–, sino en su opuesto, el principio *contra operario*.

6. Factores sociales

Principio de proporcionalidad: coste versus beneficio.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2023 ha inaplicado el principio de proporcionalidad en el sentido que hemos referido anteriormente, y, en realidad, ha

aplicado un nuevo principio de proporcionalidad que se define por la valoración del equilibrio entre el coste laboral y el beneficio empresarial obtenido. Lo que ha llevado a cabo la sentencia que analizamos es una ponderación entre el beneficio que obtiene la empresa y el coste que supone ello para el trabajador –perder su trabajo–, y ha priorizado aquel frente a este.

Nos indica la misma sentencia que la apropiación de material empresarial siempre es un perjuicio para la empresa y el resto de trabajadores, y por ello, con independencia del valor de la materia sustraída, procede la reafirmación de una sanción de despido. El beneficio empresarial es superior al coste de la pérdida del trabajo de la trabajadora.

Tal valoración supone el cambiar el enfoque tradicional del derecho del trabajo que se contempla desde la perspectiva del trabajador frente a la empresa, y no de esta frente a aquel. Los intereses empresariales no pueden satisfacerse a costa de prescindir de los derechos laborales.

Se pretende dotar en la sentencia comentada de una tutela de la empresa ante los hurtos y el denominado robo interno. Se calcula que las empresas pierden hasta un 2% de la cifra de ventas por causas de robos externos, internos y errores de distribución. El importe total de estas pérdidas puede suponer hasta unos 3000 millones de euros, y los conocidos como hurtos internos pueden llegar a alcanzar alrededor del 25% de este importe (según fuentes diversas de empresas de seguridad).

El hurto en los establecimientos es un problema grave, cuyo abordaje corresponde a todos los implicados, y en la esfera que ahora analizamos, el robo interno, su análisis, afecta a los métodos de organización del trabajo. Las políticas de personal son claves para resolver las defraudaciones internas, compaginándose para su erradicación tanto los incentivos laborales como las medidas de prevención.

La problemática que examinamos tiene una pluralidad de causas que serán motivo de valoración por las políticas empresariales, acordadas con los correspondientes representantes de los trabajadores. Pero, es evidente, que no es la función de los órganos judiciales perfilar los diseños organizativos del trabajo. Nosotros evaluaremos el ajuste de las decisiones y su encuadramiento en el derecho laboral, y para ello ponderaremos las circunstancias que concurren, objetivas y subjetivas, teniendo en cuenta la teoría gradualista del despido. Esta es la misión fiscalizadora de los tribunales laborales en los procedimientos de despido, no otra.

Dentro de esta consideración de la organización empresarial debemos llevar a cabo una nueva puntualización. Esta es la de que es la empresa la que marca las políticas de personal. Los órganos judiciales examinan desde el derecho el ajuste de las decisiones empresariales, cuando se impugnan. Las actuaciones disciplinarias del empleador que pretenden ser una vía ejemplarizante para los trabajadores, y por las que se busca la erradicación de determinadas conductas, como puede ser el hurto interno, se encuadran en las formulaciones internas de las empresas, pero no deben influir en las decisiones de los tribunales, que no examinan los costes de oportunidad sino la adecuación a derecho de las sanciones impuestas.

Cuando un tribunal asume la función correctora de la empresa, y avala con su resolución las sanciones ejemplarizantes, valorando más que las conductas acontecidas su valor

referencial para el resto de trabajadores, entonces devalúa su potestad enjuiciadora. La doctrina gradualista no puede ser obviada con el pretexto del haber demostrativo del que se revista a las sanciones, pues es esa teoría un exponente de un principio básico del derecho sancionador, el de la proporcionalidad; mientras que el efecto expansivo de la sanción para corregir conductas, es un instrumento de la voluntad, no del conocimiento.

Todo despido implicará una conducta grave y culpable. Y este es el prius inicial de todo proceso de despido. Se parte de la subjetividad que implica la conducta humana, y de la gravedad de la misma. El derecho se apoya en la autonomía y la voluntad del sujeto, y los negocios jurídicos se fundan en la existencia de un sujeto volitivo. Prescindir, en cualquier interpretación del derecho laboral, del elemento humano supone la devaluación de la esencia del derecho del trabajo y de la función judicial en su actualización de la facultad de juzgar.

Materias transversales: la teoría gradualista tiene una mayor significación que la que hasta ahora hemos resaltado. La normativa actual nos exige introducir algunos aspectos que debieran haberse considerado en el supuesto que ha contemplado la sentencia del Tribunal Supremo que analizamos.

Veamos que según la Asociación Española de Distribuidores alrededor de un 70% del personal que presta servicios en los supermercados son mujeres y mayoritariamente se encuentran empleadas en las categorías más bajas. Los salarios correspondientes a estas no son especialmente cualificados, de manera que si la obligada aplicación de las políticas de género no fuese suficiente para considerar que el despido de la demandante debiera ser contemplado desde el principio de estabilidad en el empleo, y protección en el mismo a la mujer trabajadora, en nuestro caso, para mayor agravante con un contrato a tiempo parcial –propio de la denominada feminización de la pobreza-, nuevamente mayoritario de este colectivo; si, como decimos, esto no fuera suficiente (nada de ello ha valorado el Tribunal Supremo), sí que hubiese sido necesario el ponderar que la categoría y el salario de la trabajadora no eran especialmente relevantes para exigirle una especie de lealtad y confianza excepcionales, y apreciar con ello que la sustracción de material por el importe de 5 euros, sin ser justificable, exigía una sanción menor, resultando impropio el que se le hubiese despedido.

En España, en el año 2020, datos del Consejo General del Poder Judicial, se enjuiciaron 106.656 procesos de despido. En 2022 alcanzamos 115.085 de este tipo de procedimientos. La importancia de estos datos nos conduce a dos reflexiones: la primera, la importante intervención cuantitativa judicial en la fiscalización de los despidos; y, la segunda, la necesaria aplicación del derecho del trabajo en los procesos de despido, por ser una atribución de la competencia de los jueces sociales. Tal realidad nos conduce a constatar que existe una realidad judicial que controla la facultad disciplinaria empresarial. Mensajes del tipo que enuncia la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta son claramente contradictorios con la actividad judicial que es constatable. Los mismos presentan una conclusión ajena a la iniciativa reivindicatoria que presenta el derecho del trabajo, y a la formación del mismo en la secuencia dinámica que es la modulación de las facultades empresariales por los tribunales, fomentando el desánimo en la tutela judicial efectiva laboral.

7. Epílogo

Ni disculpamos ni justificamos la conducta de la trabajadora si lo que pretendía era apropiarse de material empresarial. Sólo reclamamos la aplicación del derecho del trabajo y la búsqueda de la verdadera actividad judicial.

Suponemos que la trabajadora despedida en el caso que examinamos se mostrará contenta porque perteneciendo al grupo cuarto de los cinco que regula el convenio colectivo del Grupo Champion, ha recibido el mismo trato que el que se le hubiese dispensado a un alto directivo del mismo despedido por causa de que se hubiese apropiado de material de la empresa o hubiese abusado de su puesto. Salarialmente no cobraba lo mismo que el directivo pero a la hora de exigirle sus responsabilidades por el Tribunal Supremo se ha valorado su categoría con igual rasero que a quienes presentan el mayor nivel en la empresa. Se ha equiparado a nuestra trabajadora con las categorías altas y superiores en la exigencia de la confianza, pero no en lo mejor de ellas.

La participación de los tribunales en el derecho laboral implica el que éstos sean constructores de los perfiles en que se desenvuelve esta rama del derecho. Un instrumento para ello es la teoría gradualista del despido, la que debe obtener, todavía, un mayor desarrollo al que actualmente presenta, añadiendo a la misma esas materias transversales que inundan el derecho, y, entre ellas, por supuesto, la protección de la mujer o la discapacidad.

En realidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2023, recurso de unificación 5073/2022, no es que haya obviado la doctrina gradualista, no, lo que ha aplicado es la doctrina inquisitiva del despido.

El Tribunal Supremo ha desempolvado la vieja doctrina inquisitiva. Podemos pensar que se ha prescindido totalmente por el Tribunal de la trabajadora, del derecho laboral que ha nacido para contemplar su posición y se ha creado para su defensa, y ha terminado por introducir elementos meta jurídicos, de valoración ética, que le han conducido a la defensa de posturas ajenas a la finalidad del derecho del trabajo de humanización de las relaciones laborales. Se ha posicionado al derecho laboral en la perspectiva empresarial exclusivamente.

La posible degradación de la función valorativa judicial que se produce cuando se actúa desde la perspectiva inquisitiva en la aplicación del derecho, nos lleva a que la pregunta que nos formulamos sea la de si debemos mantener la defensa de la teoría gradualista o, por el contrario, instar la reavivación del viejo teorema inquisitivo en el contrato de trabajo. Nosotros postulamos el rearme de la teoría gradualista del despido con la mayor intensidad posible en los tiempos de la revolución industrial 5.0, donde la protección de los derechos de los trabajadores requiere un esfuerzo de iniciativa e imaginación.

El aparente atractivo conceptual que presenta la aplicación en el mundo del trabajo, sin otras consideraciones, de la diferenciación entre lo lícito –recht- y lo ilícito –unrecht-, no es sino la privación del fundamento del derecho del trabajo, que consiste en proteger a los trabajadores. La teoría gradualista es un exponente de la humanización que pretende imponer el derecho laboral a las despersonalizadas relaciones de la producción.

A la trabajadora despedida queremos manifestarle con este artículo que como dice nuestro compañero Juan de Dios Camacho en su poemario Archipiélago:

“Ninguna es, sin embargo, una causa olvidada”.