



Roj: **STSJ CLM 2538/2023 - ECLI:ES:TSJCLM:2023:2538**

Id Cendoj: **02003340012023100781**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2023**

Nº de Recurso: **795/2023**

Nº de Resolución: **1556/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **PETRA GARCIA MARQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL**

**ALBACETE**

**SENTENCIA: 01556/2023**

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - ALBACETE

**Tfno:** 967 596 714

**Fax:** 967 596 569

**Correo electrónico:** tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

**NIG:** 16078 44 4 2022 0000616

Equipo/usuario: 6

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000795 /2023**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000296 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Fulgencio

**ABOGADO/A:** RICARDO MARTINEZ MENA

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE)

**ABOGADO/A:** JULIA ALONSO JIMENEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**Magistrada Ponente:**D<sup>a</sup>. **PETRA GARCIA MARQUEZ**

**ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS**

D<sup>a</sup>. LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO

D<sup>a</sup>. PETRA GARCIA MARQUEZ

D<sup>a</sup>. MONTSERRAT CONTENTO ASENSIO

En Albacete, a nueve de noviembre de dos mil veintitrés.



Vistas las presentes actuaciones por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por las Ilmas. Sras. Magistradas anteriormente citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

#### EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

#### - SENTENCIA N° 1556/23 -

En el **RECURSO DE SUPPLICACION número 795/23**, sobre DESPIDO , formalizado por la representación de D. Fulgencio , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Cuenca, en los autos número 296/22, siendo recurrida la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE); y en el que ha actuado como Magistrada-Ponente D<sup>a</sup>. Petra García Márquez, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que con fecha 23/1/23 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 2 de Cuenca, en los autos número 296/22, cuya parte dispositiva establece:

« **ESTIMANDO la demanda de DESPIDO** a instancia de D. Fulgencio frente a ORGANIZACION NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE), **DEBO DECLARAR Y DECLARO IMPROCEDENTE** el despido del actor. **CONDENANDO a la empresa demandada a optar entre readmitir al actor en su puesto de trabajo o bien indemnizarle con la cantidad de 805,19 euros.**

Advirtiendo a la empresa que la opción deberá realizarse en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la sentencia, sin esperar a su firmeza, por escrito o por comparecencia ante el Juzgado. Y que de no optar en tiempo y forma se entenderá que procede la readmisión.

**DESESTIMANDO la reclamación de CANTIDAD** acumulada, debo absolver a la empresa demandada de la pretensión en su contra deducida por la parte actora.»

**SEGUNDO.-** Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

« **PRIMERO.-** El actor ha venido prestando servicios en la empresa demandada ONCE, con antigüedad de 24/3/2022, con categoría profesional de Agente vendedor y percibiendo un salario bruto mensual de 2.968,62 euros con prorrateo de pagas extras. (No controvertido)

**SEGUNDO.-** El 24/3/2022 el actor suscribió un contrato de trabajo de interinidad, a tiempo completo, para sustituir a un trabajador en situación de incapacidad temporal.

En su cláusula tercera se establecía un periodo de prueba de seis meses.

(No controvertido)

**TERCERO.-** El 24/5/2022 el actor procedió a denunciar ante la Guardia Civil de la localidad de Mota del Cuervo (Cuenca) el siniestro, dando lugar a las pertinentes diligencias policiales, en los siguientes términos:

"... Que hoy 24 de mayo de 2022 llevaba en un bolso, que llevaba colgado en bandolera 7.600 euros. Que trabaja para la ONCE e iba a ir a ingresar el dinero en el Banco. Que antes de esto ha llevado a su madre a Fisialía, que está en la Plaza Mayor de Mota del Cuervo y luego ha ido al mercado a comprarse unos pantalones. Que ha estado probándose los pantalones luego ha ido al supermercado Tandy a comprar unas cosas y cuando he ido a echar mano del dinero ha visto que el bolso tenía la cremallera abierta y el sobre en el que iba metido el dinero no estaba. No sabe si alguna persona le ha podido quitar el dinero ni dónde. Que ha vuelto a los lugares donde había estado para buscar el dinero pero nadie lo había visto.

**PREGUNTADA** la persona compareciente para que diga si conoce algún dato o información sobre la posible autoría **DECLARA:** Desconocer la autoría ni poder aportar datos significativos. (Documento 5 de la parte actora)

En la misma fecha procedió a informar a la ONCE por teléfono. (No controvertido)

**CUARTO.-** Con fecha 26/5/2022 la empresa remite al actor mediante un burofax, entregado en su domicilio a D. Severiano (padre del actor que convive con él). En el burofax se comunica que quedaba extinguida su relación laboral, causando baja en la misma, con efectos desde esa fecha, por no superación del periodo de prueba establecido en el contrato. Cursando la empresa la baja en seguridad social con efectos 26/5/2022. (Documentos 8 y 9 de la parte demandada)

**QUINTO.-** La empresa remite comunicación al actor el 10 de Junio de 2022, donde se determina:



"Estimado Sr.

"Me pongo en contacto con usted para comunicarle que vamos a proceder al bloqueo de su transferencia de finiquito, hasta recibir la resolución de la compañía aseguradora que dictaminara si el siniestro que usted reclamó está cubierto o no por la póliza.

Se acompaña a este escrito un recibo (provisional) del finiquito resultante, en el caso de que la compañía acepte el siniestro. En este caso, el importe a percibir sería de 3192,15€

Si la compañía aseguradora rehúsa el siniestro se procederá a compensar dicho importe acreedor, en e/ máximo legalmente posible, con el impone deudor que ud generaría con la ONCE por los productos de juego no liquidados, que en este caso coincide con lo denunciado en e/ siniestro, 7620,33 €. Procediéndose a reclamar el importe restante conforme a nuestra normativa interna" (Documental ambas partes)

**SEXTO.-** Por burofax remitido por la demandada se pone en conocimiento del actor el resultado de la cobertura del siniestro que se rehúsa por la compañía de seguros por exclusión en la cobertura. Asimismo, se le advierte que se ha procedido a compensar el importe de finiquito definitivo. (Documentos 14 y 15 de la parte demandada)

**SÉPTIMO.-** En el artículo 57.13 del XVI CONVENIO COLECTIVO DE LA ONCE Y SU PERSONAL se previene: La ONCE, a través de las fórmulas que determine, será la encargada de constatar y verificar la posible existencia de diferencias económicas de todo tipo por incorrecciones cometidas por el Agente vendedor en las operaciones reguladas en este artículo, y en las condiciones previstas por la normativa vigente en cada momento.

Una vez realizadas las verificaciones y constatada, en su caso, la existencia de diferencias económicas en perjuicio de la ONCE, las mismas adquirirán, desde tal momento, el carácter de deudas vencidas, líquidas y exigibles, pudiendo ser objeto de compensación por parte de la ONCE mediante su detracción de las nóminas del agente vendedor en el mes en cuestión o en los posteriores.

Asimismo, las diferencias económicas que se detecten en perjuicio del agente vendedor, conforme a lo establecido en la normativa vigente, se reintegrarán al agente vendedor en su liquidación o en la nómina mensual.

Todo lo anterior sin perjuicio de la aplicación del régimen disciplinario previsto en el presente Convenio. (No controvertido)

**OCTAVO.-** El actor no es ni ha sido representante legal los trabajadores ni se encuentra afiliado a ningún sindicato. (No controvertido)

**NOVENO.-** Se intentó el preceptivo acto de conciliación ante del SMAC. (No controvertido)»

**TERCERO.-** Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación de Fulgencio , elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición dde la Magistrada Ponente para su examen y resolución.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, en la que, ante la demanda de despido y reclamación de cantidad ejercitada por el actor contra la ONCE, entidad para la que venía prestando servicios en virtud de un contrato de interinidad, con la categoría profesional de Agente vendedor, estima la acción de despido, declarando su improcedencia, rechazando la pretensión en reclamación de cantidad; muestra su disconformidad el accionante a través de dos motivos de recurso, sustentados en el art. 193 c) de la LRJS, destinados al examen del derecho aplicado, en los que nada se discute en orden al despido, centrandolo en la acción sobre reclamación de cantidad.

**SEGUNDO.-** En el primero de dichos motivos se denuncia la infracción del art. 57.13 del XVIII Convenio Colectivo de la ONCE.

Según resulta de lo actuado, el actor, que venía prestando servicios como agente vendedor para la entidad demandada desde el 24/03/2022, en virtud de un contrato de interinidad por sustitución, procedió a denunciar ante la Guardia Civil, en fecha 24/05/2022, que ese día, llevaba en el bolso la cantidad de 7.600 euros derivados de su actividad, y antes de proceder a ingresarlos, llevó a su madre al fisioterapeuta, posteriormente se fue al mercado a comprarse unos pantalones, los cuales se estuvo probando, y tras ello se marchó al supermercado, y cuando fue a coger el dinero se percató que el bolso estaba abierto, no encontrándose en él el sobre donde llevaba la recaudación, desconociendo si alguien le quitó el dinero, ni dónde.



Hechos que determinaron la decisión de la empresa de extinguir la vinculación laboral por no superación del periodo de prueba, fijado en seis meses, la cual es calificada por la Juzgadora de instancia como despido improcedente, tras apreciar la duración abusiva del aludido periodo de prueba, pronunciamiento que no merece ninguna consideración, al haber sido asumido por ambas partes.

Así mismo, la entidad demandada remitió al actor comunicación en la que le indicaba que se iba a proceder al bloqueo de su transferencia de finiquito hasta tanto la Compañía aseguradora se pronunciase sobre si el siniestro reclamado por el actor quedaba cubierto o no por la póliza suscrita, acompañando un recibo provisional del importe del finiquito a percibir, cifrándolo en 3.192,15 euros. Añadiendo que si la compañía aseguradora rehusase el siniestro se procedería a compensar dicho importe acreedor, en el máximo legalmente posible, con el importe deudor que él generase con la ONCE por los productos de juego no liquidados, que en el caso coincidiría con lo denunciado en el siniestro, 7.620,33 euros, procediéndose a reclamar el importe restante conforme a la normativa interna de la empresa.

Posteriormente la demandada comunica al accionante que al haber sido rehusada por la compañía aseguradora la cobertura del siniestro se procedía a compensar el importe del finiquito. Siendo la cantidad compensada, y que ascendió a 3.192,15 euros, la que se reclama por el actor en la demanda, y que es desestimada en la instancia, reiterando su abono en el presente motivo de recurso.

Pretensión que debe ser desestimada, en tanto que, tal y como se resuelve en la instancia, la actuación de la entidad demandada se conforma como correcta y ajustada a lo dispuesto en el art. 57.13 del XVIII Convenio Colectivo de la ONCE, según el cual:

"La ONCE, a través de las fórmulas que determine, será la encargada de constatar y verificar la posible existencia de diferencias económicas de todo tipo por incorrecciones cometidas por el Agente vendedor en las operaciones reguladas en este artículo, y en las condiciones previstas por la normativa vigente en cada momento.

Una vez realizadas las verificaciones y constatada, en su caso, la existencia de diferencias económicas en perjuicio de la ONCE, las mismas adquirirán, desde tal momento, el carácter de deudas vencidas, líquidas y exigibles, pudiendo ser objeto de compensación por parte de la ONCE mediante su detracción de las nóminas del agente vendedor en el mes en cuestión o en los posteriores.

Asimismo, las diferencias económicas que se detecten en perjuicio del agente vendedor, conforme a lo establecido en la normativa vigente, se reintegrarán al agente vendedor en su liquidación o en la nómina mensual.

Todo lo anterior sin perjuicio de la aplicación del régimen disciplinario previsto en el presente Convenio."

Previsión convencional que no puede quedar enervada o dejada sin efecto en base a la afirmación de que las diferencias económicas advertidas, derivadas de la falta de ingreso de los 7.600 euros obtenidos por el actor en el ejercicio de su actividad, obedeciesen a un hecho de fuerza mayor, fortuito y derivado de la intervención de un tercero, al haber sido objeto de un delito, y no de una actuación incorrecta del mismo, por cuanto que, como cuestión previa, ni tan siquiera la existencia del hurto es un dato realmente constatado, puesto que lo único que resulta acreditado es que el actor denunció ante la Guardia Civil, que al no encontrar en su bolso el sobre con el dinero, pensó que podría haber sido objeto de un hurto, aunque desconocía si alguien se lo había sustraído, ni donde, lo que también podría evidenciar su pérdida. Y, en todo caso, aun asumiendo la certeza del hurto, lo verdaderamente acreditado, es que él no cumplió con la diligencia debida, ya que, en lugar de proceder a efectuar el ingreso con la premura necesaria, optó, pese a encontrarse en posesión de una cantidad importante de dinero, por llevar a cabo otras actividades, como eran las de acompañar a su madre al fisioterapeuta, así como trasladarse después al mercado a comprar ropa, y posteriormente al supermercado a hacer la compra. Conducta claramente negligente e incardinable en el supuesto contemplado en el art. 57.13 del convenio, anteriormente transcrito, como constitutivo de una patente incorrección en su actuación, justificando y legitimando la decisión de la empleadora de proceder, una vez verificada y constatada la existencia de diferencias económicas en su perjuicio y, derivándose de ello, por disponerlo así el aludido precepto, su carácter de deuda vencida, líquida y exigible, a efectuar la oportuna compensación por el importe coincidente con la cantidad correspondiente al finiquito que se le adeudaba.

Razones que deben conducir a desestimar el motivo analizado y a confirmar la sentencia de instancia desestimatoria de la reclamación de cantidad por importe de 3.192,15 euros ejercitada por el actor.

**TERCERO.**- En el segundo motivo de recurso, con el mismo amparo procesal que el anterior, se denuncia la infracción del art. 85.3 de la LRJS, en relación con los arts. 1195 y siguientes del Código Civil.



Denuncia jurídica que la parte recurrente sustenta en una premisa previa, cual es el entendimiento de la imposibilidad de la empresa demandada de proceder a la compensación al amparo de lo dispuesto en el art. 57.13 del Convenio Colectivo aplicable, y en base a ello lo que se alega es que la demandada pudo ejercitar la compensación según lo dispuesto en el art. 1196 del CC, desarrollando en base a ello las consideraciones que se estiman oportunas en relación con tal posibilidad, pasando por la necesidad de formular reconvencción, cumplimentando para ello los requisitos previstos al efecto.

Motivo de recurso y planteamiento efectuado en él, sobre el que no se puede pronunciar esta Sala, en primer lugar, por cuanto que, como se ha expuesto al analizar el anterior motivo, la aplicación del art. 57.13 por la demandada se muestra como correcto y ajustado a derecho, lo que determina la ausencia de la premisa previa sobre la que se articulan el presente. Y, en segundo lugar, por cuanto la cuestión que se plantea se conforma como absolutamente novedosa, no alegada en la demanda, y por lo tanto, no analizada, ni resuelta en la instancia, lo que nos reconduce a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema relativo a la alegación de nuevas cuestiones en la fase del plenario del procedimiento, manteniendo al efecto el Alto Tribunal en Sentencias como la de fecha 26-01-2001 (RJ 2002\323) que: "Es doctrina de esta Sala, contenida de forma reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo."

Razones que determinan la íntegra desestimación del recurso planteado y la confirmación de la sentencia impugnada.

Vistos los indicados preceptos legales y los demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de D. Fulgencio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cuenca, de fecha 23 de enero de 2023, en Autos nº 296/2022, sobre despido y reclamación de cantidad, siendo recurrida la ORGANIZACION NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE), debemos confirmar la indicada resolución. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la **Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns nº 13, **indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL; y 3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 0795 23;** pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de la citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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