

JUR 2010\178046

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla, núm. 714/2010 (Sala de lo Social, Sección 1), de 2 marzo

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 3038/2009.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Pérez Beneyto Abad.

DESPIDO PROCEDENTE: ofensas verbales o físicas: insultos: inaplicabilidad de teoría gradualista.

Recurso.- 3038/09 (L), sent. 714 /10

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D. JOAQUÍN LUIS SANCHEZ CARRIÓN, Presidente

Dª. Mª ELENA DÍAZ ALONSO

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

D. BENITO RECUERO SALDAÑA

En Sevilla, a dos de marzo de dos mil diez.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 714 /10

En el recurso de suplicación interpuesto por ANDALUS-PORT XXI HUELVA S.L., representado por el Sr. Letrado D. Jesús Rubio Arjona, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva en sus autos núm. 431/09; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandado por D.Genaro , en demanda de despido, sobre, se celebró el juicio y el 10 de junio de dos mil nueve se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión, declarando improcedente el despido y condenando a la demandada a las consecuencias legales.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"I.- D.Genaro , mayor de edad, con documento nacional de identidad número n0NUM000 , viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de Andalus-port XXI Huelva S.L., con CIF B63377063, dedicada a la actividad de "Esc. Serv. Perf. Deporte", desde el 0 1.02.05, como Jefe de Mantenimiento, salario diario incluida prorrata de pagas de 68,19 euros y centro de trabajo en Huelva. La relación laboral se formalizó por virtud de contrato de trabajo de duración indefinida, suscrito el 01.02.05 (por reproducido).

II. - El Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios contenido en la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 23.08.06 (BOE 06.09.06) rige la relación laboral que vincula a las partes.

III.- El pasado 27.03.09 la empresa notificó al actor la imposición de sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo por la supuesta comisión de unos hechos que la empresa calificaba de graves, descritos en una carta fechada el día 23 anterior (por reproducida, folios 36-38 y 77-79). El actor impugnó la decisión empresarial mediante demanda planteada al Decanato y turnada a este órgano que promovió autos nº 23 1/09, estando pendiente la celebración de los actos de conciliación y/o juicio.

IV.- El 23.01.09, en uno de los pasillos de las instalaciones que la empresa tiene en Huelva, anejo a la recepción, a la administración y al despacho de la directora del centro D^aRosana , pero alejado de la zona empleada por los clientes del centro, se cruzó el actor con D.Rodolfo al que llamó "perro chivato" y le pidió explicaciones acerca de la comunicación a la empresa de unos hechos por los que el actor había sido sancionado anteriormente. Dicha expresión la oyó tanto la Directora del centro como D.Teodoro , Director de la zona de Andalucía, dado que ambos se encontraban en el despacho de D-Rosana .

V.- El 25.02.09 el Sr.Genaro recibió carta de despido con el siguiente tenor literal:

«Muy señor nuestro:

Por medio de la presente se le comunica la extinción de su contrato de trabajo, por causa de despido disciplinario, como autor de diversas FALTAS MUY GRAVES, todo ello al amparo del artículo 49. 1.k) del Estatuto de los Trabajadores, RD Leg. 1/95 de 24 de marzo (BOE 20.01.1995).

PRIMERO.-Hechos que motivan la decisión:

Ofensas verbales a personas que trabajan en la empresa.

En fecha 23 de enero de 2009, habiendo sido citado en el despacho de la Directora de Centro, Sra.Rosana , para mantener una reunión con ella misma y el Director de la Zona Sur, Sr.Teodoro , usted ha proferido insultos contra el Sr.Rodolfo , al que usted consideró como la persona que había puesto en conocimiento de la empresa los hechos por los que iba a ser sancionado, siendo éste el motivo de la reunión que se iba a mantener. Concretamente las palabras utilizadas por Usted fueron las siguientes:

«Perro chivato, a los chivatos no los queremos en Huelva».

La trascendencia de los hechos que ahora motivan su despido se encuentra, no ya únicamente en la gravedad intrínseca de cualquier manifestación de falta de respeto, ofensiva o insultante para con sus compañeros de trabajo, sino que se trata de una actitud que, por lo que ha podido saber la empresa recientemente, usted mantiene constantemente con el personal que trabaja con usted

A mayor abundamiento, y como decíamos más arriba, hace menos de quince días, le fue comunicada la aplicación de una sanción falta grave, consistente sendas infracciones de abuso de confianza e indisciplina, cuyos efectos, como se le indicó en la propia comunicación de la sanción, eran menos gravosos a sus intereses de lo que la Ley permitía. La razón por la que la empresa impuso una sanción inferior a la máxima posible residía en la confianza que su buen juicio le llevaría a reconducir su actitud. Sin embargo, esta expectativa se ha visto frustrada con los nuevos hechos que motivan esta comunicación.

SEGUNDO. - Calificación de los hechos imputados.

Los hechos detallados encuentran su reflejo en los arts. 54.1 y 54.2 c) del ET y 43.3.12 faltas muy graves) del Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, constituyendo incumplimientos de sus obligaciones contractuales por ser constitutivos de ofensas verbales a sus compañeros.

Asimismo, hay que tener en cuenta en la calificación de los hechos debe aplicarse la agravante de reincidencia contemplada en el artículo 43.3.16 del Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.

TERCERO. - Conclusión

Por lo tanto, a la vista de todo lo anterior, procedemos a imponerle, como autor de FALTAS MUY GRAVES y al amparo de lo establecido en el artículo 54 del ET , la sanción de despido disciplinario con efectos del día de hoy.

Asimismo, le comunicaremos que se encuentra a su disposición la liquidación mensual de sus haberes calculada hasta el día de hoy, así como el finiquito que el corresponde.

Atentamente,

Andalus-port XXI Huelva S.L.»

VI. - Con la finalidad de promover elecciones a representantes legales de los trabajadores en la mercantil demandada, el actor recabó información al sindicato UGT.

El 27.02.09, UGT como promotora del proceso electoral, comunicó el preaviso de celebración de elecciones en el centro de trabajo de Huelva a la Delegación de Empleo así como a la propia empresa, siendo el calendario electoral el que consta al folio 54 (por reproducido).

VII.- El actor no es ni ha sido representante legal o sindical de los trabajadores.

VIII.- El 16.03.09 planteó papeleta de conciliación ante el centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación que se celebró sin efecto el 06.04.09. La demanda que encabeza estos autos se interpuso el pasado 14.04.09."

TERCERO.- El demandado recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarándolo improcedente y condenando a la empresa demandada a las consecuencias legales, se alza el demandado por el cauce del apartado c) del art 191 LPL, denunciando la infracción del art. 43.12 del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios en relación con el art. 54.2.c) y 55.4 ET. Argumenta que el Convenio tipifica como falta muy grave los malos tratos de palabra o la falta grave de respeto a compañeros, sin que el precepto convencional exija la concurrencia de otras circunstancias.

SEGUNDO Inalterado el relato histórico, consistente en una conducta consistente en insulto a compañero de trabajo, "perro chivato", lo que es un insulto grave; y culpable al no mediar provocación ni causa de justificación ni atenuante, debemos estimar la concurrencia de la infracción normativa denunciada.

Una primera conclusión es que lo exigible, para convalidar la procedencia del despido por causa de ofensas verbales o físicas, es que el empresario acredite, que los malos tratos son graves y culpables, concurre; correspondiendo al empresario la carga de la prueba ya que, de no acreditarse la existencia de malos tratos de palabra u obra, debe declararse la improcedencia del despido (STSJ Cataluña 8-5-00, AS 5659; STSJ Valladolid 6-4-01, AS 2892; STSJ Galicia 22-3-01, AS 1802).

En la sentencia se sostiene que los hechos ocurridos no han sido adecuadamente encuadrados por el empresario en la carta de despido porque los hechos no los presenciaron ningún cliente ni tampoco ningún otro empleado distinto de los Srs. Rosana y Teodoro; porque el sujeto pasivo de las expresiones no era superior jerárquico (afirma que se trata de una exigencia del precepto convencional invocado); y porque las expresiones no quebrantan el buen orden o el funcionamiento normal de la empresa.

El art. 43.12 del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios que: "Se considerarán faltas muy graves las siguientes: f. 12. Los malos tratos de palabra u obra o la falta grave de respeto y consideración a los Jefes o a sus familiares, así como a los compañeros y subordinados."

En tal norma convencional no se exige la concurrencia de ninguna de las tres circunstancias señaladas en la sentencia, como si lo exigen otros tipos infractores del mismo convenio colectivo, por ejemplo el art. 43.6 relativo a faltas leves o el art. 43.9 o el art. 43.15 relativos a faltas muy graves.

Por ofensas verbales deben entenderse las expresiones orales o escritas, que implican un desprestigio o humillación moral para la persona que la sufre o recibe. Basta con una sola ofensa verbal para justificar la procedencia del despido, siempre que se acredite la gravedad y culpabilidad exigibles (STSJA Sevilla nº 3679/09 de 26 de octubre). La consecuencia es que la sentencia no sigue el principio de tipicidad (al que necesariamente debe sujetarse la actuación disciplinaria empresarial, pero de la que no puede desmarcarse la actuación revisoria jurisdiccional) tanto por lo anterior como por lo que nos dice en el FDº 7º sobre que los hechos descritos ".../..." encajan más bien en la falta leve del artículo 46.3 del Convenio ("las discusiones, siempre que no sea en presencia de público, con otros trabajadores, dentro de la empresa)." En este punto, se debe destacar que el hecho tipificado en el tipo que aplica la Juez de instancia son las "discusiones" y no los "malos tratos de palabra", por lo que para determinar cuál es el correcto encuadre de los hechos declarados probados que, según establece el inalterado HP 4º, consistieron en la expresión "perro chivato" proferida por el actor al Sr. Rodolfo, habrá que estar a lo que se deduzca de la interpretación gramatical de ambas expresiones; y discutir es sostener dos o más personas opiniones o pretensiones opuestas en un diálogo o conversación. Y maltratar es insultar, golpear o tratar de modo que se les causa daño a las personas o las cosas, con intención o por descuido. La expresión "perro chivato" es un insulto (y sino hágase la prueba de introducir la expresión "perro chivato" en el buscador google), y hay que concluir, contrariamente a lo que sostiene la sentencia, que los hechos tienen correcto encuadre en el tipo infractor que describe los "malos tratos de palabra u obra" y no en el de las "discusiones", máxime cuando no consta que el insultado pronunciase ni una sola palabra, es decir, cuando no se produjo ningún diálogo. Por tanto, la falta cometida por el actor tiene su sanción correspondiente en el art. 44.III del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, cuyo tenor literal es el siguiente: "Por faltas muy graves: Desde la suspensión de empleo y sueldo de treinta y un días a sesenta días, hasta la rescisión del contrato de trabajo o despido en los supuestos en que la falta fuera calificada en su grado máximo."

Estando en la lista de prelación de sanciones posibles el despido, el empresario es libre de elegirla porque la falta muy grave cometida tiene su sanción muy grave contenida, entre otras, en la norma convencional citada, habiendo el empresario actuado dentro de los límites legales.

Es obvio que las ofensas verbales o físicas, art. 54.2.c) ET, a la persona del empresario o a las personas que trabajen en la empresa o a los familiares que convivan con su causa de despido disciplinario. La libertad de expresión no ampara la conducta consistente en proferir insultos o calificativos degradantes, sin que pueda disculpar la utilización de expresiones ofensivas (STS 04-05-88, RJ 3549). La defensa del propio o colectivo interés laboral y la crisis empresarial no comportan la desaparición del propio orden disciplinario ni autorizan a adoptar conductas de desprecio o insulto (STS 14-6-90, RJ 5077).

La realidad social impone que se observe en la vida de relación un recíproco respeto entre las personas, que deben adecuar su comportamiento a las circunstancias del lugar y del momento, de acuerdo con la dignidad inherente a la naturaleza humana, que constituye en el campo laboral un derecho laboral básico (STS 20-11-86, RJ

6701).

TERCERO Finalmente la sentencia dice que no es proporcional la sanción, e incumple la doctrina gradualista.

Es cierto que el enjuiciamiento y la calificación de las infracciones laborales ha de realizarse no sólo atendiendo a su elemento objetivo, sino valorando al mismo tiempo las circunstancias personales y subjetivas que concurren en su comisión, realizando una cuidada individualización de cada uno de los casos de acuerdo con la teoría gradualista aplicable en los supuestos de faltas y sanciones. En este sentido, y en relación con las ofensas verbales, la jurisprudencia ha considerado circunstancias que pueden calificar la gravedad de la infracción cometida o la culpabilidad de su autor, las siguientes:

1.Las expresiones proferidas no pueden suponer un ataque a la dignidad de la persona a la que se dirigen (STSJ de Galicia, de 23 de enero de 1993, en la que se profirieron las expresiones "imbécil, estúpida y guarrita").

2.La eventual provocación por parte del ofendido debe tenerse en cuenta para atenuar la gravedad de los hechos, pero en ausencia de provocación la gravedad de los hechos se intensifica (STSJ de Galicia, de 15 de octubre de 1998, en la que consta que se profirieron las expresiones "eres un mierda, eres un veleta").

Es decir la gravedad debe valorarse, atendiendo, de una parte la conducta ofensiva del trabajador por sí misma, como las consecuencias de la misma, teniéndose presentes los factores subjetivos, que intervengan en el hecho, la calidad profesional del ofensor y del ofendido, la intencionalidad del ofensor y las circunstancias del lugar y el momento, en que se produjo la ofensa, así como la proyección pública o privada de la actuación enjuiciada. Es necesario, en todo caso, que el ataque frontal al honor de los ofendidos o a su integridad física, sea de tal entidad, que la convivencia con el insultado no resulte ya posible en el seno de la empresa(SSTS 28-11-88, RJ 8899; 6-4-90, RJ 3121). Han de ponderarse, no obstante, las posibles atenuantes, que puedan concurrir, suavizando la gravedad de la falta como: las disculpas inmediatas y espontáneas después de la ofensa (STSJ Burgos 7-8-96, AS 2755). Por último, de existir una causa de justificación, no procede la convalidación del despido(SSTS 10-12-91, RJ 9050, 1-7-88, RJ 5732, 11-5-90, RJ 4305).

Acreditada la gravedad de la conducta (llamar perro chivato en las instalaciones de la empresa, junto al despacho de la jefa del centro de trabajo, y en las proximidades de la misma como del Director de la zona de Andalucía, a un compañero, para a continuación pedirle explicaciones de unos hechos por los que ya había sido sancionado); y la culpabilidad (no se acredita estuviera sometido a tratamiento médico ni que concurriera alguna circunstancia que le afectara a su voluntad) agravada además porque ya habían acaecidos hechos semejantes (vide FDº 7º, párrafo 2º), nos lleva a estimar los motivos del recurso y a la revocación de la sentencia al concurrir todos los elementos del tipo imputado al trabajador en la carta de despido, incluidos la gravedad y culpabilidad de la conducta, determinantes de la existencia de malos tratos de palabra a otro trabajador, sin que además existiese provocación y constituyendo un evidente ataque a su dignidad personal, y, por tanto, el despido debe convalidarse.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

F A L L A M O S

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por ANDALUS-PORT XXI HUELVA S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva en sus autos núm. 431/09 , en los que el recurrente fue demandado por D. Genaro , en demanda de despido, y como consecuencia revocamos dicha sentencia, declarando procedente el despido de D.Genaro , convalidándolo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase a la recurrente el depósito constituido en la instancia y la consignación en la cuantía que corresponda.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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