



Roj: **STSJ PV 1027/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:1027**

Id Cendoj: **48020340012016100667**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2016**

Nº de Recurso: **512/2016**

Nº de Resolución: **693/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación **512/2016**

N.I.G. P.V. 20.05.4-15/002329

N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2015/0002329

SENTENCIA Nº: 693/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 12 de abril de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Remigio contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de San Sebastian de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 5 de octubre de 2015, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Remigio frente a **C.H.ROBINSON IBERICA S.L. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

" 1º.-) El demandante comenzó a prestar sus servicios como jefe superior de la oficina de la empresa en San Sebastián el día 1 de abril de 2004, percibiendo una retribución de 101.503,08€ año, sin computar las RSUs devengadas en el último año por aplicación de la literalidad de los planes RSUs, y un salario de 103.864,62€ anuales si se computaran las RSUs devengadas en los últimos 12 meses.

Resulta de aplicación a la presente Litis el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Gipuzkoa.

2º.-) El 4 de junio de 2015 la empresa demandada remite al actor carta de despido en el que se le indica que con la fecha de efectos de ese mismo día procede a su despido disciplinario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Gipuzkoa, al suponer los actos del demandante una quiebra de los acuerdos suscritos entre la Dirección de la empresa y el demandante en relación a la gestión



adecuada de los empleados (" Management Employee Agreement"), así como una gravísima infracción del Código Ético aplicable a la empresa.

En dicha comunicación la empresa le indicaba que el actor había cometido de forma reiterada actos de discriminación sexuales o por razón de sexo, así como comentarios racistas y xenófobos respecto de personas de otras etnias y nacionalidades, y también un absoluto desprecio y maltrato verbal a sus más inmediatos superiores jerárquico en la empresa, así como a los empleados que dependen directamente de él, y una voluntad contraria a acatar las órdenes e instrucciones de su más inmediatos superiores. La comunicación escrita continuaba indicando que también había generado numerosas y habituales riñas y pendencias con el resto de los trabajadores, y que determinados clientes habían manifestado sus reticencias a seguir contratando con la empresa, dado los malos modos y trato arrogante con que el trabajador se dirigía a ellos, y otros habían directamente dejado de contratar con la empresa demandada. Se indicaba también que el comportamiento del demandante era constitutivo de acoso moral, y que algunos trabajadores de la empresa, de enorme competencia y proyección profesional la había abandonado, o habían sido recolocados en otras oficinas, produciéndose una clara desmotivación de los trabajadores, que no muestran implicación con la empresa, que no se atreven a proponer iniciativas o confiar en sus opiniones, y que abiertamente manifiestan que su voluntad es abandonar la empresa si el mercado laboral español se lo permite.

En relación con el acoso moral, la carta indicaba que el demandante había transgredido el deber de buena fe contractual y mediante un abuso de confianza había dedicado a cultivar un ambiente labora que podía ser calificado como constitutivo de acosos moral tanto a individual como colectivo o ambiental en la oficina de San Sebastián, y que la empresa como obligado garante de la salud de los trabajadores quedaba obligada a adoptar una posición activa para impedir conductas de acoso, siendo el ejercicio del poder disciplinario una medida a adoptar para tal fin.

La carta terminaba indicando que las conductas antes descritas además de graves e intencionales se encontraban tipificadas como causas de despido en los apartados c) d) y g) del art. 54.2 del ET .

3º.-) Ha quedado probado que el demandante se refería habitualmente a Serafina , empleada de la empresa, como "la tetas" en referencia a su anatomía de mujer, y que tras la contratación de Eva María para sustituir a la empleada señalada anteriormente como la "nueva tetas", así como que se refiere a Dolores , trabajadora de la empresa y supervisora como "tonel con tetas" o "barril de cerveza con tetas". También se ha dirigido a la empleada Sra. Lucía cuando tomaba una decisión equivocada a juicio del demandante con la siguiente expresión: "el cliente va a follarte por el culo" o "te meterá un dedito en tu culo", o "te meterá un brazo por el culito si lo haces así". Asimismo, cuando algún trabajador se dejaba el ordenador encendido, sin bloquearlo, el demandante aprovechaba la situación para conectarse al mismo y enviar un correo electrónico a toda la oficina diciendo "soy gay", siendo habitual también que el actor se dirigiera a las mujeres con expresiones como "muñeca" o "nena" o expresiones sexistas similares. A su vez, cuando el demandante realizaba un trayecto en coche con la empleada Doña. Lucía , recibió una llamada de Salome , ala que le contestó en presencia de Lucía que " Carolina no quiere perder su vuelo de vuelta porque si no tendrá que quedarse a dormir en la habitación conmigo", a lo que el demandante añadió "deberías ver que carita ha puesto".

Cuando en diversas ocasiones los empleados de la oficina le indicaron que dejara de emplear estas expresiones, el demandante respondió riendo e ignorando las quejas y ruegos, y cuando las empleadas le decían que dejar de llamarlas nenas, el demandante se callaba momentáneamente para luego seguir utilizando dicho calificativo de forma continuada más tarde , y que cuando se le rogaba que dejar de llamar a Doña. Serafina "la tetas", el demandante respondía "vega hombre, si es divertido".

Además de estos incumplimientos respecto de los compañeros de trabajo, ha quedado también acreditado que el demandante en relación con el Director de Negocio del Grupo Michael Malakhov señaló "ningún hijo de puta me va a decir cómo debo de hacer mi trabajo", y en relación al Director de Recursos Humanos del Grupo en Europa, Oscar afirmó: "he estado con Oscar en dos ocasiones y no estoy seguro de su es listo o estúpido". Asimismo, en relación a estos dos directores ha afirmado que "no te preocupes, vendrán y estarán parloteando durante dos días y finalmente nos dejarán tranquilos", y en relación a una visita de trabajo de estos dos directores, señaló: "emborráchalos el jueves, y así no podrán trabajar al 100% el viernes". También en relación a la Coordinadora de Recursos Humanos de la matriz europea del Grupo, el demandante dijo: " Jacinta no tiene ni puta idea de cómo gestionar el departmanoe de Recursos Humanos, o abiertamente afirma que la señora Jacinta "es estúpida e ignorante". También se suele referir a los empleados de la empresa en Barcelona y delante de los de la oficina de San Sebastián en los siguientes términos: "no tiene ni puta idea de lo que hacen", y asimismo es habitual calificar a los trabajadores como "estúpidos, imbéciles, mongolos o monos" en presencia del resto de trabajadores o de los clientes.



4º.-) El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

5º.-) Se ha acreditado la celebración del intento de conciliación administrativo previo."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo desestimar la demanda promovida por Remigio frente a la empresa C.H. ROBINSON IBERICA SL, y declarando el despido del demandante como procedente, absuelvo al demandado de las pretensiones frente a él formuladas."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 5 de los de San Sebastián dictó sentencia el 5-10-15 en la que desestimó la demanda interpuesta por el trabajador, relativa a despido, al entender que la conducta en la que había incurrido, relatada en el hecho probado tercero, adolecía de gravedad suficiente para provocar la extinción del contrato de trabajo por causa disciplinaria, rechazándose, previamente, el que haya existido algún tipo de defecto formal, básicamente el mismo, por faltar la audiencia previa del demandante en la instrucción de la información que ha practicado la empresa.

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte demandante y en un primer motivo, que enuncia bajo el amparo del apdo. b) del art. 193 LRJS , pretende modificar el relato de los hechos.

La revisión, tal y como se postula, no es admisible. La causa del rechazo es que la formulación que se efectúa no cumple los requisitos establecidos, con carácter general, para que pueda modificarse el relato fáctico. En efecto, aunque el recurrente nos lo viene a recordar, lo cierto es que los requisitos exigibles son los siguientes: primero, que se concrete con claridad y precisión la omisión o negación que se pretende; que resulte de forma clara, patente y directa de prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; tercero, que se ofrezca texto concreto a figurar en la narración; y, por último, que el hecho tenga transcendencia para modificar el fallo. Decimos que no se reúnen estos requisitos porque el recurrente, lo denuncia la impugnación del recurso, hace una especie de alegato, a través del cual pretende que no existe prueba de la que deducir la conclusión que ha obtenido la sentencia recurrida. Vamos a recordar, también, que el recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria, y que, por tanto, no estamos ante una apelación (TS 26-11-12), recurso 786/12 , y 3-7-15, recurso 1044/14); y, que no es válido el denominado amparo negativo de prueba, o lo que es lo mismo el argumentar en apoyo de la revisión que no existen elementos probatorios de los que deducir la conclusión obtenida en la sentencia recurrida (TS 22-9-14, recurso 314/13). Pero , si lo anterior no fuese suficiente, cabría traer a colación que a quien corresponde la valoración conjunta de la prueba es a quien preside la vista por razón del principio de inmediación (TS 7-12-15, recurso 352/14), y que la prueba testifical solamente es valorable por el juzgador de instancia, sin que sea un elemento probatorio de posible revisión en el recurso (TS 22-12-15, recurso 75/2015). Si observamos la fundamentación de la sentencia recurrida, de la misma deduciremos que el juzgador de instancia ha valorado la prueba testifical, y de la misma ha concluido unas conductas, sobre las que podrá existir más o menos conformidad o discrepancia, pero son las que se han deducido de la probanza practicada, y, en principio, son las que deben prevalecer.

De lo anterior el que ni tan siquiera sea factible introducirnos en esa amalgama de conclusiones que presenta el recurso, pues las mismas no son sino alegatos o formulaciones contrarias a la prueba que ha valorado la instancia, y nos ofertan un nuevo versionado de los hechos que prescinde del criterio objetivo e imparcial de la sentencia recurrida (TS 4-12-15, recurso 30/15).

El segundo motivo, encabezado por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS , igualmente, también lo denuncia la impugnación del recurso, adolece de cierta imprecisión, pues con una nueva valoración de la prueba, se pretenden una pluralidad de cuestiones que vamos a intentar contestar de manera sistemática.

Se alega indefensión y violación del art. 24 CE por la ingente prueba que se presentó en el acto del juicio y que no pudo examinarse en el acto, aludiéndose a documentos que no están traducidos. Ciertamente, lo señala el impugnante, si se pretendía una nulidad de actuaciones debía articularse un motivo del apdo. a) del art. 193 LRJS , causa que es suficiente para el rechazo, al articularse indebidamente el motivo; en segundo término, hubiese sido necesaria la manifestación previa del defecto o de la anomalía acontecida; y, por último, la nulidad de actuaciones requiere indefensión (TS 8-7-15, recurso 223/14), sin que sirvan alegaciones de tipo genérico o imprecisas sobre ella, debiéndose concretar la indefensión producida, y la quiebra del principio de buena fe procesal acontecida. Nada de lo indicado concurre, y no se aprecia una indefensión en el acto judicial, por lo que vamos a desestimar el argumento que ofertaba el recurrente. En orden a la valoración de la prueba que se



realiza por el recurrente, y que viene a significar, básicamente, el que se haya dado credibilidad a unos hechos frente a otros, o que unos documentos se hayan admitido; todo ello, no deja de estar fuera de la esfera de la hipótesis, expresándose la sentencia recurrida con claridad en orden a la convicción y la fuente de la misma (básicamente testifical).

También se pretende restar importancia a la conducta del trabajador, entendiéndose que podía concurrir una maniobra empresarial para extinguir un contrato de trabajo al menor coste posible. Antes de introducirnos en esta cuestión, y la valoración de las expresiones o conductas imputadas al trabajador, vamos a atender al último alegato que formula el recurso, también abordado a través del primer motivo, y que consiste en señalar que al trabajador no se le ha dado audiencia previa, siendo que el Código Ético empresarial lo recoge. En cuanto que la sentencia recurrida ha rechazado cualquier defecto formal sobre ello, ya argumentado en la demanda, consideramos que existe basamento suficiente en el recurso y el proceso para su estudio, y para tener por válida la existencia de este Código de empresa.

La naturaleza del mismo, sin embargo, no es de un convenio extraestatutario, tal y como pretende el recurso, sino de un acto unilateral empresarial al que el principio de los actos propios le hace que le vincule. La teoría de los actos, recordémosla, incide dentro del contrato de trabajo, y supone la afectación que el sujeto activo de una declaración mantiene respecto a la misma, de forma que, por aplicación del principio de buena fe y el art. 7 del Código Civil, no existe posibilidad de ir en contra de los propios actos (TS 16-7-15, recurso 180/14), o, mejor, de las declaraciones de voluntad con eficacia de negocio jurídico. Partiendo de ello, y aunque no desconocemos que las antiguas reglamentaciones de trabajo, que en cierto modo pudieran asemejarse a los códigos éticos empresariales, no tienen valor normativo, ni están vigentes (TS 27-12-94, RJ 10.511 y recurso 1710/94); sin embargo, en cuanto que la misma empresa en su carta de despido refiere la aplicación del Código (incluso vincula al trabajador con él, mediante su aceptación) y su actuación se ha integrado en el mismo, como elemento referencial de imputación; teniendo en cuenta lo anterior es necesario examinar el procedimiento que en el mismo se instaura. Este tipo de normativas unilaterales de la empresa, solamente son aceptables, asumibles y vinculantes para el trabajador, en cuanto que amplíen su esfera de derechos, pues nunca pueden imponer mayores obligaciones contractuales (salvo en el caso de contraprestaciones por ello, debidamente acreditadas) o renunciadas de los contenidos y derechos indisponibles o mínimos de la parte, y que son consecuencia del sistema de fuentes del art. 3 ET. Hecha esta salvedad, y como el mismo recurrente alude al art. 7 del Convenio 158 de la OIT, con cita jurisprudencial sobre este extremo, es posible aproximarnos al cumplimiento o no que se lleva a cabo por la empresa demandada del denominado Código Ético.

Desde lo anterior, y siendo cierto como lo es, tal y como precisa la impugnación del recurso, que el Convenio citado de la OIT necesita una aplicación mediante su instauración legislativa, pues en otro caso no tiene eficacia directa (TS 20-3-89, RJ 1886), sin embargo, sí que es asumible que tengamos en cuenta la previsión del Convenio 158, si existe alguna vía por la cual sea aplicable la previsión de una audiencia al trabajador, como formalidad previa al despido.

Según se deduce de la página 31 del Código (folio 121), cuando existen denuncias e investigación de las violaciones del código de ética, en todos los casos, " *el empleado recibirá una notificación con anticipación y una oportunidad de explicar sus acciones* ". Este trámite de audiencia se impone obligado en este caso que enjuiciamos, y como tal no se cumple con las conversaciones que relata la sentencia recurrida en su fundamentación, pues se requiere tanto el conocimiento formal de los hechos imputados, como la posibilidad de evaluarlos, instrumentalizando una defensa efectiva por parte del trabajador, la que, entendemos, no se practica con una simple conversación antes y después de haber conversado con los trabajadores del entorno. La audiencia, como trámite previo previsto, es obligada, y si no se lleva a cabo lleva consigo su omisión el que se declare improcedente el despido (TS 4-5-09, recurso 789/08), y esta audiencia no puede suplirse con algún medio cercano, pero no similar. En efecto, el trámite de audiencia es un trámite efectivo (TS 12-7-06, recurso 2276/05), y supone la posibilidad de defensa, de conocimiento y no es meramente formal. En tal sentido, la empresa ha omitido la realización de esta audiencia. Incluso, observemos, que el Código Ético esta refiriéndose a una comunicación anticipada, no inmediata o simultánea, y a otorga una oportunidad de explicar la conducta. Presupone, por tanto, el trámite: conocer los hechos formalmente (notificación); poder examinarlos y explicarlos. Si, por último, tenemos en consideración el puesto del actor, veremos que cuando menos era exigible a la empresa una formalización de la imputación previa al despido.

Se señala por la impugnación del recurso que la inmediata actuación empresarial, así como la gravedad del suceso, lleva consigo el que se pueda omitir el requisito dicho. Si tenemos en cuenta que los días 21 y 22 de mayo de 2015, según la carta de despido, se realizan entrevistas, y que el despido acontece el 4-6-15, no parece que el realizar el trámite de audiencia supusiese un entorpecimiento de la actuación sancionadora, y tampoco que los hechos (la sentencia descarta el acoso), no pudiesen tener una demora para su práctica, por conceder una audiencia al trabajador (la demora en el cese nos invita a rechazar la urgencia o premura en el



cese a las que se refiere la empresa). Por ello, no se considera el que haya existido impedimento para que la empresa practicase la previa información al trabajador y le posibilitase la explicación de su conducta.

Se estima, en consecuencia, el recurso, y ello supone que el despido es improcedente, sin apreciar causa de nulidad. Ello evita el que examinemos otros alegatos vertidos en el recurso, básicamente la gravedad de la conducta.

Las consecuencias del despido improcedente son la indemnización del art. 56 ET, según la antigüedad, con diferencia de tramos (desde febrero de 2012 a razón de 33 días por año), y salarios de tramitación para el caso de que se opte por la readmisión.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de San Sebastián de 5-10-15, procedimiento 452/15, por don José Ramón Alberdi, letrado que actúa por cuenta de D. Remigio, y con revocación de la misma se declara improcedente el despido acontecido el 4-6-15, condenando a la empresa demandada, CH Robinson Ibérica, S.L., a estar y pasar por la anterior declaración, y a que a su elección, o bien readmita al trabajador en iguales circunstancias a las que regían con anterioridad a la extinción, o le indemnice con la suma de 132.676,1 euros, advirtiéndole que la opción deberá realizarla dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia en la Secretaría de esta Sala del TSJPV, y que si no la realiza procederá la readmisión; si su opción fuese esta, deberá abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 284,56 euros día, sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilustre Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000- 66-0512-16.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0512-16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del



regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ