



Roj: **STSJ CAT 3070/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:3070**

Id Cendoj: **08019340012017102284**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2017**

Nº de Recurso: **7769/2016**

Nº de Resolución: **2647/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA MACARENA MARTINEZ MIRANDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8030089

mm

Recurso de Suplicación: 7769/2016

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 25 de abril de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 2647/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Consorci Mar Parc de Salut de Barcelona frente a la Sentencia del Juzgado Social 27 Barcelona de fecha 12 de septiembre de 2016 dictada en el procedimiento nº 643/2015 y siendo recurridos Fondo de Garantía Salarial y Feliciano . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 12 de septiembre de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo la demanda de despido promovida por el actor Feliciano contra CONSORCI MAR PARC DE SALUT DE BARCELONA y F.G.S, declaro el despido improcedente, y condeno a la empresa CONSORCI MAR PARC DE SALUT DE BARCELONA, según su elección, a readmitirlo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o indemnizarlo con la cantidad de 100.919,22€; en el caso de que opte por la readmisión, deberá abonar al trabajador la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a



dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación; la opción empresarial deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, y se entenderá a favor de la readmisión de no efectuarse."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"Primero. El actor Feliciano prestó servicios por tiempo indefinido y a jornada completa por cuenta de la empresa demandada, con antigüedad de 1-2-05, categoría profesional de médico especialista, jefe de sección de la unidad de hemodinámica del Hospital del Mar, y salario medio diario con inclusión prorrateada de 233,88 euros (hecho conforme por las partes).

Segundo. La empresa demandada, le abrió expediente sancionador, cuyo contenido íntegro se da por reproducido como documento nº7 de la empresa, con el resultado obrante en autos (hecho conforme por las partes). En particular, la empresa con fecha de salida 16-6-15, le comunicó la apertura del expediente disciplinario y le trasladó pliego de cargos, por reproducido en su contenido, en base a que los hechos en el relatados, podían ser constitutivos de infracciones laborales graves y muy graves del Anexo II del Reglamento de faltas y sanciones del I Convenio colectivo de la empresa: Falta grave 3.zz): Conducta abusiva con palabras, actos intimidatorios, degradantes y/o ofensivos, que tengan por objeto o puedan dañar la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un trabajador en cumplimiento de sus funciones; y Falta muy grave 4.f): Transgresión de la buena fe contractual, como también el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

El actor realizó en 19-6-15, en el término de audiencia dado, alegaciones escritas en su descargo al pliego de cargos a el comunicado, por reproducidas en su contenido.

Tercero. El 22-6-15 la empresa le comunicó su despido disciplinario con efectos del mismo día, mediante resolución, por reproducida en su contenido, en la que le imputaba por los hechos relatados en la misma, la comisión de dos infracciones laborales muy graves del Anexo II del Reglamento de faltas y sanciones del I Convenio colectivo de la empresa: Apartado 4.e): Las ofensas verbales o físicas a las autoridades municipales o a las personas que trabajan en el Consorcio o a los familiares que convivan con ellos; y Apartado 4.f): Transgresión de la buena fe contractual, como también el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Cuarto. El actor el 15-6-15, presentó en la empresa escrito de renuncia a continuar dirigiendo la Sección de Hemodinámica del Hospital del Mar, por reproducido en su contenido, dirigido a Luis , Dirección Médica. La empresa le aceptó su renuncia en dicha fecha y dejó sin efecto su nombramiento de 1-10-10, adjuntándole la nueva estructura salarial.

Quinto. El actor el 15-6-15, a las 16:07 horas envió mediante el correo electrónico corporativo de la empresa una comunicación de tema: Renuncia, por reproducida en su contenido como doc.nº 5 de la empresa, dirigida a los destinatarios que en el constan referidos como tales:14169, María Luisa ; Victorio : Benita ...

La comunicación del actor tuvo trascendencia entre los cardiólogos del Hospital del Mar que conocían el tema (testifical de Juan Luis).

Sexto. El mismo día15-6-15, también envió el actor el citado correo electrónico, mediante el correo electrónico corporativo de la empresa, a profesionales de la especialidad que pertenecen a otras instituciones sanitarias como Hospital del Vall d'Hebron, Hospital de Belvitge, Hospital Clínic, de la Mutua de Terrasa, del CatSalut y Sant Pau, por ser los contactos con los que el había interactuado por temas profesionales (interrogatorio del actor).

Séptimo. La empresa, previo proceso selectivo llevado a cabo en la misma para la provisión del puesto de trabajo de jefe de servicio de cardiología, documentado en parte con el nº11 del ramo de la empresa, por reproducido en su contenido, nombró al Dr. Aureliano , jefe de servicio de cardiología del Hospital del Mar.

Octavo. El actor y Aureliano se cruzaron entre el 6 de mayo y el 12 junio del 2015 los correos electrónicos sobre: pagos personales, cuyos contenidos por obrar como documento nº 3 del actor se dan por reproducidos, en los que se manifestaban las divergencia de criterios de los mismos sobre el citado tema y otros.

Noveno. Desde el nombramiento de Aureliano como jefe de servicio de cardiología, hubo problemas y discrepancias con el actor por temas profesionales y por disparidad de criterios en la manera de hacer el trabajo, problemas con la organización y de coordinación entre el servicio de cardiología y el de Hemodinámica, con la asignación del reparto de ensayos clínicos, y se puso en peligro por Aureliano el acuerdo de colaboración con el servicio de cardiología del Hospital de Sant Pau, en relación al código IAM, de infarto, que tenía la empresa demandada con el Hospital de Sant Pau, en relación al código IAM, de infarto (documento nº3 del actor y testificales de Juan Luis y de Eusebio).



Décimo. El actor no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores.

Décimo primero. Se ha agotado la vía administrativa previa a la jurisdiccional, con la desestimación de la reclamación previa interpuesta por el actor en 16-7-15.

Décimo segundo. En el Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Barcelona se celebró en 30-10-15 a instancias del solicitante Aureliano , que formuló demanda de conciliación de fecha 24-7-15, por reproducida en su contenido, y siendo requerido de conciliación el actor, acto de conciliación, que concluyó sin avenencia, y del que se levantó el acta, por reproducida en su contenido. Por Decreto nº 647/2015 de 30-10-15 del Letrado de la Administración de Justicia del citado Juzgado se tuvo por terminado el acto de conciliación instado por Aureliano con el actor, y se acordó el archivo definitivo de las actuaciones."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por la parte codemandada Consorci Mar Parc de Salut de Barcelona se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, estimando la demanda interpuesta en materia de despido, declaró su improcedencia, condenando a aquélla a readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o indemnizarle con la cuantía de cien mil novecientos diecinueve euros con veintidós céntimos (100.919,22 euros), con abono, en el primer caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia, o hasta que hubiera encontrado otro empleo. El recurso ha sido impugnado por la parte actora, que interesó su desestimación, con íntegra confirmación de la resolución recurrida.

Constituye el objeto del recurso interpuesto la calificación de la medida extintiva empresarial acordada en fecha 22 de junio de 2015.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 193, apartado b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , como primer motivo del recurso, la parte codemandada recurrente insta la revisión del relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

A) Comenzando por el ordinal octavo, se propone la siguiente redacción alternativa:

"El actor y Aureliano se cruzaron entre el 5, 6, 10 y 12 de junio de 2015 distintos correos cuyo contenido se da por reproducido, en estos correos ambos facultativos manifiestan divergencias sobre el criterio a aplicar para el reparto de los ingresos de los ensayos clínicos llevados a cabo por la sección de hemodinámica".

Como fundamento de esta pretensión revisora, se invoca el documento 3 aportado por la parte actora (folios 30 a 35). Ahora bien, del mismo no se colige error alguno en el original redactado del factum controvertido, que deba ser enmendado en esta sede. Y ello por cuanto el citado factum remite de forma expresa a su tenor literal, dando por reproducido el documento 3 aportado por la actora, de lo que se desprende el carácter innecesario de la modificación instada.

B) Por lo que se refiere al hecho probado noveno, se interesa su supresión.

A tal efecto, se alega que el documento 3 aportado por la parte actora no refleja los hechos relatados en el citado ordinal, a excepción de la controversia sobre el reparto de las cantidades asignadas a los ensayos clínicos de la sección de hemodinámica, por lo que, no pudiendo denunciarse error basado en la prueba testifical, se aduce que no obra en autos ningún documento que sustente su original redactado.

Ahora bien, basándose el original redactado del hecho probado noveno, además de en el documento 3 aportado por la actora, en prueba testifical, y no habiendo sido alegada la infracción de normas procesales en la ponderación probatoria (a cuyo efecto no resulta suficiente la alusión a que el Tribunal ha de decidir si la valoración que ha hecho la juzgadora de instancia resulta conforme a lo prevenido en el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), procede estar a aquél, por extraerse de determinadas declaraciones de testigos. Ello conduce al fracaso de la modificación interesada, asimismo en relación a este particular.

Todo ello en aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial, relativa a los requisitos exigibles para acceder a la revisión fáctica, compendiados en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (recurso 95/2014) del siguiente modo:

"Tal y como nos recuerda nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013 , los requisitos generales de toda revisión fáctica son los siguientes: "Con carácter previo al examen de la variación del relato de



hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -;... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de " error en la apreciación de la prueba " que esté " basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador "» (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); como también hemos rechazado expresamente la habilidad revisora de la prueba pericial, que «no está contemplada en el ... [art. 207.d) LRJS] como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación ... [art. 193.b LRJS], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada» (STS 26/01/10 -rco 45/09 -)".

Por lo expuesto, se desestima el primero de los motivos del recurso.

SEGUNDO .- Como segundo motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la parte actora recurrente denuncia la infracción del artículo 54, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el Anexo II (Reglamento de faltas y sanciones) del I Convenio colectivo de trabajo del CSPM de Barcelona, apartado 4, letras e) y f), y artículo 55.4 de aquél cuerpo legal. Se aduce, en síntesis, que la sanción impuesta al actor en fecha 22 de junio de 2015 se debió a las ofensas graves vertidas hacia su superior, Dr. Aureliano , con expresiones injuriosas, efectuándolo con publicidad, al haber difundido el contenido de su comunicación por correo electrónico a los trabajadores del Consorci Mar Parc de Salut y a los cardiólogos de hasta seis instituciones sanitarias; por lo que procedería su calificación como despido procedente.

Opone la parte actora, al impugnar el recurso, que la empleadora no ha acreditado los hechos graves y culpables imputados en la carta, por lo que procedería confirmar el pronunciamiento de instancia.

Con objeto de dirimir sobre la cuestión controvertida, cual es la calificación jurídica de la medida extintiva empresarial, se hace necesario traer a colación el inmodificado relato de hechos probados de la sentencia de instancia, del que, en síntesis -por obrar reproducido en los antecedentes de hecho de esta resolución- se desprende:

1º.- El actor ha prestado servicios por cuenta y dependencia de la empresa codemandada, con las circunstancias laborales obrantes en el hecho probado primero, que damos por reproducido.

2º.- La empresa codemandada abrió al actor expediente sancionador, relatando determinados hechos que, se añadía, podrían ser constitutivos de las siguientes infracciones: conducta abusiva con palabras, actos intimidatorios, degradantes y/o ofensivos, que tengan por objeto o puedan dañar la personalidad, dignidad o integridad física o psíquica de un trabajador, en cumplimiento de sus funciones, así como la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

3º.- En fecha 22 de junio de 2015, la empresa comunicó al actor su despido disciplinario con efectos del mismo día, imputándole ofensas verbales o físicas a las autoridades municipales o personas que trabajan en el Consorcio o a sus familiares que convivan con ellos; y transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

4º.- El 15 de junio de 2015, el actor presentó en la empresa escrito de renuncia a continuar dirigiendo la sección de Hemodinámica del Hospital del Mar, la cual fue aceptada en la misma fecha, dejando sin efecto su nombramiento de 1 de octubre de 2010.

En la misma fecha, el actor remitió mediante el correo electrónico corporativo de la empresa una comunicación de tema: Renuncia, por reproducida en su contenido. Dicha comunicación tuvo trascendencia entre los cardiólogos del Hospital del Mar que conocían el tema.



Nuevamente en idéntica fecha, el actor remitió, mediante el correo electrónico corporativo de la empresa, el citado mail, a profesionales de la especialidad que pertenecen a otras instituciones sanitarias.

5º.- El actor y don Aureliano se cruzaron entre el 6 de mayo y el 12 de junio de 2015, determinados correos electrónicos, cuyo contenido se da por reproducido.

6º.- Desde el nombramiento de don Aureliano como jefe del servicio de cardiología, hubo problemas y discrepancias con el actor por temas profesionales, y por disparidad de criterios en la manera de hacer el trabajo, problemas con la organización y de coordinación entre el servicio de cardiología y el de hemodinámica, con la asignación el reparto de ensayos clínicos, y se puso en peligro por el Dr. Aureliano el acuerdo de colaboración con el servicio de cardiología del Hospital de Sant Pau, en relación al código IAM, de infarto, que tenía la empresa demandada con el Hospital de Sant Pau, en relación al código IAM, de infarto.

Sentados tales presupuestos fácticos, alega la parte codemandada recurrente que la elaboración y difusión por el actor de la carta de renuncia a dirigir la sección de hemodinámica, resulta constitutiva del incumplimiento grave y culpable atribuido al actor por la empresa. Los hechos imputados consisten, en síntesis, en ofensas a su superior, el jefe de cardiología, Dr. Aureliano, así como haber cuestionado, sin base objetiva, la imparcialidad del tribunal que le había seleccionado con los principios de publicidad, mérito, y capacidad, y atentar contra la imagen pública de la empresa, con expresiones injuriosas de su correo electrónico, difundido entre toda la plantilla de la empresa, así como profesionales de la especialidad de entidades sanitarias ajenas, cuando sólo habían pasado cuatro meses desde su nombramiento (fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia, con valor fáctico).

Procede, por ello, traer a colación la doctrina jurisprudencial gradualista, conforme a la cual, en debida adecuación de la sanción a la falta cometida, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha reiterado que para que las infracciones que tipifica el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores se erijan en causa que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que exige el análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1.987, 28 de febrero y 6 de abril de 1.990, 16 de mayo de 1.991, 2 de abril de 1.992, 15 de enero de 2.009, y 19 de julio de 2.010).

Por lo que respecta a los preceptos invocados, artículos 4, letras e) y f) del Anexo II de Reglamento de faltas y sanciones del I Convenio Colectivo de la empresa, sancionan las siguientes conductas:

Apartado 4.e) *"Las ofensas verbales o físicas a las autoridades municipales o a las personas que trabajan en el Consorcio o a los familiares que convivan con ellos"*.

Apartado 4.f) *"Transgresión de la buena fe contractual, como también el abuso de confianza en el desempeño del trabajo"*.

Expuestas la normativa y doctrina jurisprudencial aplicables, conviene dirimir sobre la concurrencia de las faltas imputadas.

I.- Comenzando por la primera de las causas de despido imputadas en la carta (ofensas verbales), conviene recordar que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que *"toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa", así como que "el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial"*.

Al abordarse por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los límites del derecho a la libertad de expresión en el desarrollo de la relación laboral, particularmente en supuestos de hecho en que el trabajador o trabajadora era sancionado, a consecuencia de proferir determinadas expresiones -de carácter ofensivo- contra el empleador o empleadora, abordando con ello los fundamentos e implicaciones que este derecho tiene en aquel ámbito, ha efectuado determinadas consideraciones, que estimamos de interés traer a colación:

-El ejercicio real y efectivo de la libertad de expresión *"no depende simplemente del deber del Estado de abstenerse de toda injerencia, sino que puede exigir medidas positivas de protección incluso en las relaciones entre los individuos. En efecto, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a*



la libertad de expresión, incluso contra ofensas que provienen de particulares" (sentencia de 12 de septiembre de 2011, asunto Palomo Sánchez y otros contra España).

-Procede ponderar el carácter reactivo, instantáneo e irreflexivo de la expresión proferida, el ámbito y publicidad en que se profirieron (sentencia de 12 de septiembre de 2011 , anteriormente citada), y si las expresiones utilizadas (aún revistiendo carácter ofensivo) se produjeron en relación a cuestiones de carácter general (sentencia de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo contra España).

- Tal como expuso en la sentencia de 14 de marzo de 2002 (asunto De Diego Nafría):

a) *La libertad de expresión constituye uno de los principios fundamentales esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y la plenitud de cada uno. A reserva del párrafo 2, vale no solamente para las «informaciones» o «ideas» acogidas de manera favorable o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que ofenden, chocan o inquietan. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales una sociedad no es una «sociedad democrática». Tal como indica el artículo 10, esta libertad está sometida a excepciones que, sin embargo, se deben interpretar de manera estricta y se debe establecer la necesidad de algunas restricciones de manera convincente (véanse, entre otras, las sentencias Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994 ; Janowski contra Polonia; Nielsen y Johnsen contra Noruega, y Fuentes Bobo citada).*

b) *El adjetivo «necesario», en el sentido del artículo 10.2, implica la existencia de una «necesidad social imperiosa». Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de tal necesidad, pero este margen va parejo con un control europeo al mismo tiempo sobre la fe y sobre las decisiones que se aplican al mismo, incluso cuando éstas emanen de una jurisdicción independiente. Por tanto, el Tribunal tiene competencia para resolver en última instancia si una «restricción» se concilia con la libertad de expresión que salvaguarda el artículo 10 (sentencia Janowski citada, § 30).*

c) *En el ejercicio de su poder de control, el Tribunal debe examinar la injerencia a la luz del conjunto del caso, incluido el contenido de las observaciones que se le reprochan al demandante y el contexto en que las hizo. Le corresponde determinar, en especial, si la injerencia enjuiciada fue «proporcionada con los fines legítimos perseguidos» y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen «pertinentes y suficientes» (sentencias Janowski citada, y Barfod contra Dinamarca, de 22 de febrero de 1989). Al hacer esto, el Tribunal debe convencerse de que las autoridades nacionales han aplicado las reglas conforme a los principios consagrados en el artículo 10 y que, además, se basan en una evaluación aceptable de los hechos pertinentes (sentencias citadas, Jersild y Fuentes Bobo)".*

Por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial interna, tal como expuso la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2013 (recurso 254/2011):

"(...) se ha declarado en la STC 120/1983 en relación con un comunicado emitido por un Comité de Huelga en el ámbito de una situación conflicto en el que se descalificaba a la empresa, que:

A) *" La libertad de expresión no es un derecho limitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, ...; pero el mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario general un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derechos la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación "*

B) *" Los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos quedando margen de su protección "*

(...)



2.- Con carácter general, como recuerda y reitera la STC 125/2007 de 21 mayo , debe destacarse que:

A) " El derecho fundamental a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (por todas, SSTC 6/2000, de 17 de enero ...; 49/2001 , de 26 de febrero ...; 204/2001 , de 15 de octubre ...; y 181/2006 , de 19 de junio ...) "

B) " También hemos declarado que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre ...). En este sentido, nuestra doctrina (sintetizada recientemente en la STC 41/2006, de 13 de febrero ...), sostiene que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél, de manera que no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales. Por ello, venimos reiterando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre , que cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate y que es preciso garantizar en tales supuestos que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales (entre las más recientes, recogiendo esa doctrina, SSTC 41/2006 , de 13 de febrero ...; y 342/2006 , de 11 de diciembre ...) "

Expuesta, en síntesis, la doctrina jurisprudencial aplicable, parte la sentencia de instancia, en extremo inmodificado en esta sede, de que el actor efectuó una comunicación escrita a don Luis , de la dirección médica, en que le comunicó su renuncia al cargo, remitiendo, asimismo, un e-mail a los cardiólogos del Hospital en el que trabajaba, así como a determinados profesionales de la especialidad de cardiología que pertenecían a otras instituciones sanitarias. Ahora bien, no ha resultado acreditado que la referida comunicación fuese remitida a la totalidad de los trabajadores y trabajadoras de la entidad demandada ni a otras organizaciones profesionales.

Por lo que respecta a su contenido, obrante en el documento 5 aportado por la entidad demandada (folio 67), que damos por reproducido, además de comunicarse la renuncia al cargo, se explican los motivos que conducen a adoptar tal decisión, con expresiones que, en efecto, introducen ciertos juicios de valor sobre el jefe de servicio, considerando que se escogió, de entre los candidatos existentes, al que tenía peor currículum, y no reunía las cualidades necesarias para liderar el servicio. A ello añade que durante esos meses le costaba mucho encontrar alguna decisión del nuevo jefe que estuviese motivada más por filias y fobias personales, y cuentas pendientes, que por la búsqueda de una mejor eficiencia en la actividad.

Ciertamente nos encontramos ante expresiones que, en cuanto a su contenido, exceden del ámbito de lo deseable en el marco del clima laboral. Ahora bien, del fundamento jurídico séptimo de la sentencia de instancia se colige que entre el actor y su superior, nombrado unos meses antes por la empresa, existía una evidente tensión laboral, a cuyo efecto la magistrada a quo otorgó plena verosimilitud probatoria a determinados correos electrónicos sobrantes en autos, y a las declaraciones testificales prestadas en acto de juicio. A ello ha de añadirse que, pese a lo manifestado en el recurso, únicamente consta la remisión del correo electrónico a personas ajenas a la dirección de la empresa, relacionadas con el ámbito médico y el servicio público, para exponer las razones de su renuncia al cargo. A tal efecto, ostenta especial relevancia el que el actor pusiese de manifiesto la disparidad de criterios con el nuevo jefe de servicio respecto del acuerdo de colaboración de la empresa con el Hospital de San Pablo, que fue puesto en peligro por el Dr. Aureliano (extremo éste que la magistrada a quo tiene por acreditado, basándose en la declaración del testigo Dr. Juan Luis , y que no ha resultado modificado en esta sede).

Por todo ello, el análisis del contexto en que se produjeron tales expresiones denota la ausencia de gravedad de la conducta imputada, que ningún daño produjo a la entidad, y que se enmarcaba en el ámbito propiamente laboral (disparidad de criterios con el jefe de servicio, así como con su nombramiento), no obstante incurrir en ciertos calificativos personales que exceden de lo deseable, pero que no determinan la comisión de la falta imputada. A tal efecto, no estimamos que la mera alusión al principio de Peter denote la ofensa alegada en el recurso. Tampoco el hecho de que manifestase que no reunía las cualidades personales y carácter necesario para el cargo "com tot segur va fer palés el test psicológic a que se somete las candidats", dado el contexto en que tales afirmaciones se produjeron, si bien pueden tildarse de exceso verbal.



II. Por lo que respecta a la transgresión de la buena fe contractual, asimismo imputada en la carta de despido, constituye una causa genérica que permite sancionar muy diversos comportamientos del trabajador o trabajadora, y que no precisa dolo o voluntad consciente de producir daño (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1.991), entendiéndose el deber de buena fe como disposición personal y probidad en la ejecución del trabajo (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1.991). En suma, tal como describe la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2.010 , *"la transgresión de la buena fe contractual "constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes - artículos 5.a) y 20.2 ET -"*, en tanto el abuso de confianza *"como modalidad cualificada de la primera, consiste en un mal uso o un uso desviado por parte del trabajador de las facultades que se le confieron con lesión o riesgo para los intereses de la empresa - sentencia de 18 de mayo de 1.987 -"*, para continuar matizando que *"en cuanto a la cuestionada exigibilidad de daño o perjuicio patrimonial para la empresa "como señala la sentencia de 30 de octubre de 1.989 , el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa es uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la transgresión de la buena fe contractual, pero no es el único elemento a tener en cuenta para establecer el alcance disciplinario del incumplimiento del trabajador, pues pueden jugar otros criterios, como la situación objetiva de riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza en el desempeño del trabajo o el efecto pernicioso para la organización productiva" (STS 26- febrero-1991 - infracción de ley) En esta sentencia se deja el camino abierto para ponderar múltiples circunstancias en orden a determinar la gravedad de la transgresión de la buena fe contractual" .*

A título ilustrativo, y sin ánimo exhaustivo, la Jurisprudencia ha considerado la existencia de transgresión de la buena fe contractual en supuestos de competencia desleal, entendiéndose por tal la encaminada a realizar labores de la misma naturaleza o rama de producción de las que se está ejecutando en virtud de contrato de trabajo, sin consentimiento del empresario, y siempre que le cause un perjuicio real o potencial (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1.990 y 22 de marzo de 1.991); el uso abusivo de poderes (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1.990 y 22 de mayo de 1.996); el perseguir beneficios de forma fraudulenta (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1.990), la actuación negligencia, conculcando el deber de diligencia (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1.990), la realización de trabajos durante la IT, siempre que la actividad desempeñada evidencia la aptitud para el trabajo o sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero y 18 de julio de 1.990), las actuaciones irregulares (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1.990), y el uso de medios informáticos puestos a disposición del trabajador (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2.006).

Nuevamente, no estimamos que la conducta del actor constituya una transgresión de la buena fe contractual, por cuanto se enmarca en la explicación ofrecida para justificar su renuncia al cargo, con especial énfasis en las disparidades que tenía con el jefe de servicio, lo que sin duda resulta contextualizado con el propio ámbito laboral en que el actor desarrollaba sus funciones. Resulta evidente que en el marco de la renuncia por el actor a un cargo de la responsabilidad desarrollada no sólo no resulta superfluo informar de las motivaciones que sustentan aquélla, sino que, dado el cariz profesional que las sustentaban, su publicidad en el limitado ámbito en que se produjeron puede tildarse de necesaria de cara a la conservación del prestigio profesional, y a su incidencia en las futuras expectativas laborales.

Por todo ello, no concurriendo en los hechos acreditados las notas de gravedad determinantes de la sanción empresarial impuesta, procede la calificación del despido como improcedente. Habiéndolo entendido así la sentencia de instancia, ha lugar a desestimar la infracción jurídica denunciada en relación a este particular.

TERCERO .- Con idéntico amparo en el apartado c) del artículo 193 de la norma rituarial laboral, la parte demandada recurrente denuncia la infracción del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se alega, en síntesis, que de la testifical practicada se desprende que la ponderación de tal prueba efectuada por la magistrada a quo incurre en la infracción de aquel precepto.

Opone la parte actora, al impugnar el recurso, que no procede estimar la infracción denunciada, por cuanto corresponde a la magistrada de instancia la libre valoración del acervo probatorio, sin que nos encontremos ante una segunda instancia.

Ha de partirse de que el motivo invocado no resulta procesalmente adecuado para la impugnación alegada, dado que el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social tiene por objeto la infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, ostentando el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , relativo a la valoración de la prueba, el carácter de norma procesal. Por ello, la referida infracción debió articularse por la vía del apartado a) del primero de los preceptos aludidos, atinente a la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión. Ahora bien, en aplicación de la doctrina constitucional conforme a la cual, en relación al recurso de suplicación, *"en último extremo lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido, esto es, que de forma suficientemente precisa exponga los hechos o razonamientos que*



estime erróneos y cuáles los que debieran ser tenidos por correctos", sin que deba el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinarias del recurso rechazar a limine el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas, siempre que el escrito del recurso suministre *"datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte"* (STC 18/1993), se estima procedente dirimir sobre el motivo alegado.

La parte recurrente alega la errónea interpretación de la prueba testifical, considerando que de sus declaraciones se colige que la verosimilitud otorgada a sus declaraciones por la magistrada a quo no resultó acorde a la normativa en la materia. Ahora bien, en relación a las normas sobre carga de la prueba, hemos venido manifestando, con cita de la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (en relación al derogado artículo 1214 del Código Civil , antecedente del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que *"sólo se puede invocar la infracción de dicho precepto cuando se impone la carga de la prueba a quien no está obligado a soportarla (STS de 27 de septiembre de 1.988), teniendo en cuenta que este precepto no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba, en cuanto que sobre quien pesa su carga deben recaer las consecuencias perjudiciales de su no demostración, sin ser aplicable la norma a supuestos en los que el hecho se da por acreditado, no pudiendo considerarse infringido por la circunstancia de que el Juzgador no haya dado a los medios probatorios aportados el alcance pretendido por el recurrente"* (sentencia de esta Sala de 7 de junio de 2.005).

A mayor abundamiento, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, corresponde al juzgador o juzgadora de instancia, en aplicación del principio de inmediación, y de la normativa prevista en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , la valoración de la totalidad del acervo probatorio, que, por imparcial, ha de prevalecer sobre la de parte, *"a no ser que se demostrase palmariamente el error en que hubiere podido incurrirse"* (sentencias de esta Sala de de 26 de septiembre de 1.994 , 16 de enero y 19 de septiembre de 1.995 , 1 de marzo de 1.996 , 4 de julio de 1.997 , 20 , 21 , y 23 de febrero de 2012 , entre otras), dada la naturaleza extraordinaria y "casi casacional" del recurso de suplicación (STC 18/1993 , y sentencias de esta Sala de 14 y 26 de julio y 20 de octubre de 2.000 , 4 de mayo de 2.001 , 31 de enero de 2.006 , y 28 de febrero de 2.012 , con cita esta última de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1.999). Y por lo que respecta a las reglas de la sana crítica, la libre valoración de la prueba implica que el juzgador o juzgadora pueda realizar deducciones lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales, o absurdas, siendo el Juez/a o Tribunal de instancia soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que esta libre apreciación sea razonada, lo que implica que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano judicial (sentencias del Tribunal Constitucional 175/1985, de 15 de febrero , 24/1990, de 15 de febrero), sin que ello implique admitir que el juez haya de seguir sus conjeturas, impresiones, sospechas o suposiciones (sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero).

En aplicación de esta doctrina, ninguna de las alegaciones vertidas en el recurso, en relación a la ponderación del acervo probatorio, desvirtúa los razonamientos de la magistrada a quo en relación a la misma. De este modo, expone la juzgadora de instancia la verosimilitud otorgada a las declaraciones sobre las discrepancias entre el actor y el nuevo jefe de servicio desde su nombramiento, y en cuanto al acuerdo de colaboración de la empresa con el Hospital de San Pablo, conclusiones que no han resultado desvirtuadas en esta sede.

Por todo ello, procede desestimar la última de las infracciones invocadas, y, consecuentemente, el recurso interpuesto, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

CUARTO .- En aplicación del artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , procede imponer las costas a la parte recurrente, las cuales incluirán los honorarios de la Letrada de la parte impugnante en cuantía de trescientos cincuenta euros (350 euros).

Asimismo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 204, apartado 4, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte demandada para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Consorci Mar Parc de Salut de Barcelona contra la sentencia dictada en fecha 12 de septiembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 27 de Barcelona , en virtud de demanda presentada a instancia de don Feliciano contra la entidad recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, en autos sobre despido seguidos con el número 643/2015, confirmando íntegramente la resolución recurrida.



Se imponen las costas causadas en el presente recurso a la recurrente, en las que se incluirán los honorarios de la Letrada de la parte actora impugnante, en la cuantía de trescientos cincuenta euros (350 euros).

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.