



Roj: **STSJ CAT 11284/2012 - ECLI:ES:TJSCAT:2012:11284**

Id Cendoj: **08019340012012107086**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2012**

Nº de Recurso: **4238/2012**

Nº de Resolución: **7282/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA NATIVIDAD BRACERAS PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 11284/2012,**
AATSJ CAT 605/2012,
STS 3456/2014

SUPLÍ 4238/2012

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2011 - 8034083

mi

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMA. SRA. SARA MARÍA POSE VIDAL

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

En Barcelona a 31 de octubre de 2012

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 7282/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por Demetrio frente a la Sentencia del Juzgado Social 26 Barcelona de fecha 13 de enero de 2012 dictada en el procedimiento Demandas nº 699/2011 y siendo recurridos Fondo de Garantía Salarial y Sociedad Española de Construcciones Eléctricas, S.A.. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de julio de 2011 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, 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 13 de enero de 2012 que contenía el siguiente Fallo:



"Que desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Demetrio contra la empresa Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S.A. (SECE) y el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), sobre despido, declaro PROCEDENTE el despido con el que fue sancionado el demandante el 9 de junio de 2011, absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones deducidas en su contra."

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

1º. El demandante, D. Demetrio , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , trabajaba por cuenta de la empresa Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S.A. (CESE), con CIF nº A08001182, dedicada a la prestación del servicio municipal de alumbrado público, con domicilio en la ciudad de Barcelona, con una antigüedad de 3 de enero de 1983, categoría profesional de encargado, jornada a tiempo parcial del 15%, y salario mensual bruto de 3184,50 euros, incluida la parte proporcional de pagas extras.

2º. El demandante prestaba servicios por cuenta de la anterior concesionaria, IMESAPI S.A., subrogándose la demandada en la posición empleadora con efectos a 1 de enero de 2010.

3º. El día 21 de junio de 2010 el demandante y la compañía demandada alcanzaron un acuerdo en virtud del cual el actor solicitarla la jubilación parcial anticipada, y la ordinaria al cumplir 65 años; suscribiría, en caso de serle reconocida la correspondiente prestación de Seguridad Social, un contrato a tiempo parcial del 15% de la jornada ordinaria; disfrutarla, no obstante, de un permiso retribuido por el que quedaría totalmente dispensado de prestar servicios; sería retribuido por la empresa en función de la teórica jornada a tiempo parcial; y, además, hasta los 65 años, recibiría un complemento de la pensión de jubilación que permitiera alcanzar unos ingresos brutos anuales, por todos los conceptos, de 73821,38 euros (documento nº 5 del ramo de prueba de la parte actora).

Por resolución del INSS de fecha 29 de septiembre de 2010 se reconoció al actor la prestación de jubilación parcial anticipada con arreglo a una base reguladora de 2539,86 euros, porcentaje del 85% y efectos del 15 de septiembre de 2010 (documento nº 4 del ramo de prueba de la parte actora).

El día 21 de junio de 2010 el demandante suscribió un contrato de trabajo a tiempo parcial de 6 horas al mes, con efectos hasta el 23 de febrero de 2015 (documento nº 7 del ramo de prueba de la parte actora).

4º. Entre el 9 de marzo y el 16 de abril de 2011 el demandante cursó 331 quejas ante el Ayuntamiento de Barcelona en relación al servicio prestado por la empresa demandada, a través del portal de internet de atención al ciudadano.

5º La empresa demandada tuvo conocimiento del incremento de quejas relativas al servicio prestado con motivo de la reunión periódica con los responsables del Ayuntamiento celebrada el día 7 de abril de 2011 (primer jueves del mes), iniciando una investigación, que permitió conocer el 11 de abril de 2011 que en el mes de marzo de 2011 el demandante había presentado 187 quejas.

Con motivo de la reunión periódica correspondiente al mes de mayo tuvo conocimiento de un volumen similar de quejas cursadas en el mes de abril de 2011, llevando a cabo una segunda investigación, que el día 9 de mayo de 2011 permitió conocer que el actor había presentado en abril 144 quejas.

6º. El día 9 de junio de 2011 la empresa demandada entregó al actor carta de despido, que se da aquí por íntegramente reproducida (documento nº 1 del ramo de prueba de la parte actora).

En la misma se imputaban al actor los siguientes hechos:

"Ud. ha enviado quejas al Ayuntamiento de Barcelona a través del canal de entrada de Internet "l'Ajuntament t'escolta" sobre deficiencias o incidencias en el servicio de alumbrado público de la zona que tiene asignada SECE.

Así, Ud. ha cursado 331 quejas al Ayuntamiento sobre incidencias o deficiencias en nuestro servicio de alumbrado de Barcelona, quejas cursadas por Ud. a nuestro cliente, entre los días 09.03.2011 y 16.04.2011. Concretamente cursó 73 quejas la semana del 9.03 al 13.03; 74 quejas durante la semana del 14.03 al 20.03; 40 quejas durante los días 21, 22 y 23 de abril; 89 quejas los días 4, 6 y 8 de abril y 55 quejas el 16 de abril.

Asimismo, muchas de estas quejas, por ejemplo la del día 20.03.2011, contienen comentarios altamente perjudiciales para la empresa, malintencionados y con ánimo de perjudicar, terminando sus comentarios con frases tales como "... les diré lo que no me ha parecido correcto en ese trabajo: 1º no me ha parecido normal que una vez sustituida la farola quedaran cascotes tirados en la base, 2º que no se colocara la valla desde el primer día de la sustitución 3º.- que no figurase el permiso de obras en dicha valla, 4º que no se realizase una reposición provisional con mortero pobre desde el primer día hasta la reposición definitiva. Espero haberles ayudado a mejorar la calidad del servicio", "la pintura da pena", "luminaria torcida y muy sucia", "luminarias



sucias dan pena", "han aprovechado aisladores de la antigua instalación, para realizar el tendido aéreo, los aisladores se tienen que retirar", etc.

Dicha conducta supone que Ud. ha transgredido la buena fe contractual y se ha saltado el orden jerárquico puesto que las quejas, incidencias en el servicio, mejoras a realizar en los procedimientos, etc todas aquellas sugerencias que deba realizar han de cursarse ante sus superiores jerárquicos y nunca ante el cliente, el Ayuntamiento de Barcelona, que ha recibido un nº de quejas desorbitado e inusual en cuatro meses, lo que ha ocasionado una queja y diversas reuniones con el cliente para aclarar cuestiones técnicas y otras cuestiones al haberse puesto en entredicho nuestro trabajo como gestores de alumbrado público, por Ud. en dichos correos.

Los hechos relacionados se encuentran tipificados en el Código de Conducta Laboral del Acuerdo Estatal del Sector del Metal, incorporado al convenio de la empresa y de aplicación a la relación laboral, art 3 apartados 3 c) y k) así como en el art. 54. 2, d) del Estatuto de los Trabajadores como faltas laborales muy graves y culpables susceptibles de la máxima sanción.

Puesto que su conducta ha resultado de gran trascendencia para la imagen de la empresa y evidencia un quebranto de deber de buena fe que debe a la empresa, la Dirección ha tomado la decisión de calificar los hechos de muy graves y proceder a su despido con efectos de la presente".

El mismo día se comunicó el despido al Comité de Empresa (documento nº 2 del ramo de prueba de la parte demandada).

7º. El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante unitario o sindical de los trabajadores."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia desestimó la demanda del trabajador demandante, calificando el despido de que fue objeto como procedente. Contra dicho pronunciamiento se alza en suplicación el actor articulando su recurso por la vía de los apartados b) y c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para solicitar, en último lugar, la nulidad del despido.

SEGUNDO: Como primer motivo y previa invocación del apartado b) del art. 193 de la LRJS , interesa la reforma del relato de los hechos probados para que se de nueva redacción a los hechos probados cuarto y quinto. En esencia lo que se pretende es que se suprima la atribución de la autoría de las quejas al actor, mediante una redacción impersonal y mencionando que se hacía constar el nombre y/o teléfono del actor.

Sin embargo, no puede estimarse tal solicitud porque tales hechos se basan en la valoración del conjunto de los medios probatorios (testifical y documental) que realizó el Juzgador de instancia en los términos y por las razones que expone en los fundamentos jurídicos primero y segundo, por lo que ha de prevalecer sobre las conclusiones que propone el recurrente (art. 97.2 LRJS).

TERCERO: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 193. c) de la LRJS se formulan varios motivos: a) infracción del art. 54.2.d) ET , aduciendo, en síntesis, sobre la falta de certeza con respecto a la autoría de las quejas y contra argumentando las razones de la sentencia en torno a este punto; con carácter subsidiario, b) el citado art. 54.2.d) en relación con el art. 3.3.c) y k) del Código de Conducta laboral de Acuerdo estatal del Metal, que se halla incorporado en el Convenio aplicable, razonando con respecto a la falta de tipicidad de los hechos imputados al actor; y también subsidiariamente, c) la falta de proporcionalidad basándose en la doctrina gradualista y d) interpretación errónea del art 60.2 del ET en lo relativo a la prescripción, para interesar que se consideren prescritos los hechos ocurridos con anterioridad a 10 de abril al superar el plazo de los sesenta días, previsto para las faltas muy graves.

Comenzamos por analizar el último de los motivos porque la apreciación o no de la prescripción de los hechos nos delimitan el alcance de la infracción que ha de ser objeto de enjuiciamiento.

La carta de despido se entregó al actor el día 9 de junio de 2011 y se refiere a las quejas dirigidas al Ayuntamiento entre los días 9 de marzo a 16 de abril del mismo año, de las que tras una investigación el 11 de abril la empresa conoció 187, correspondientes a marzo, y en posterior investigación, hasta 144 quejas más, correspondientes a abril. Atendiendo a tales fechas, incluso si consideramos separadamente el primer grupo (las 187), a la fecha de la carta del despido no había transcurrido el plazo de sesenta días puesto que el inicio



de su cómputo tiene lugar desde el momento en que la empresa conoce o puede conocer la infracción y, en consecuencia, desde que la empresa está en condiciones de ejercitar su facultad disciplinaria (art. 60.2 ET).

En consecuencia, no cabe tener por prescritos la parte de los hechos que pretendía el demandante y deben ser considerados la totalidad de los imputados en la carta de despido.

CUARTO: Con respecto a los argumentos vertidos en el recurso a continuación de la denuncia del art. 54.2.d) del ET y dirigidos a negar o, al menos, cuestionar la atribución de la autoría de las quejas al trabajador demandante, no pueden ser acogidos porque inciden en valoraciones relativas a las pruebas y a los razonamientos del Juzgador de instancia respecto a ellas, lo cual solo puede conducirse por la vía y con los medios que permite el art. 193.b) de la LRJS , dado el carácter extraordinario de este recurso de suplicación, que no permite a la Sala proceder a realizar una nueva evaluación del conjunto de las actuaciones (arts. 190.2 y 193 de la LRJS).

QUINTO: Pasamos a enjuiciar el alcance de la conducta que la carta de despido imputa al actor, esto es, si estamos o no ante una infracción laboral y, en su caso, su gravedad.

De los hechos descritos en la comunicación del despido la sentencia tiene probado que "entre el 9 de marzo y el 16 de abril de 2011 el demandante cursó 331 quejas ante el Ayuntamiento de Barcelona en relación al servicio prestado por la empresa demandada, a través del portal de internet de atención al ciudadano" (hecho probado cuarto).

En primer lugar, dado que la formalización de esas quejas atañe al ejercicio de unos derechos fundamentales, la libertad de expresión y libertad de información (art. 20.1.a) y d) de la C), es necesario realizar una ponderación de sus límites de acuerdo a parámetros constitucionales, de tal modo que permita ver si la sanción impuesta por el empresario entra dentro de sus legítimas facultades o bien sancionó al trabajador por el ejercicio lícito de uno de sus derechos fundamentales (sentencia del TC de 25.11.1997).

Por otro lado y por lo que respecta a los criterios a tener en cuenta en esa ponderación, también el Tribunal Constitucional nos ha de servir de guía, por ejemplo, con su sentencia nº 1/1998 (de 12 de enero), en cuyo fundamento jurídico tercero sentaba lo siguiente:

"En concreto, y por lo que ahora importa, la relación laboral genera un complejo de obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador que nuestra legislación, y por lo que se refiere a las exigibles específicamente al trabajador, obliga a desarrollar "conforme a las reglas de la buena fe y diligencia" [art. 5 a) ET], hasta el punto de que la transgresión de este específico deber se tipifica como uno de los supuestos de despido disciplinario [art. 54.2 d) ET]. De este modo, nuestra propia jurisprudencia ha venido admitiendo que el ejercicio de la libertad de expresión por el trabajador, en su relación con el empresario, debe desarrollarse conforme a las exigencias de la buena fe (SSTC 120/1983 , 88/1985 y 6/1988 , entre otras). Si bien tal exigencia de buena fe no debe confundirse con la existencia de un genérico deber de lealtad a la empresa que fuera omnicompreensivo de una situación de sujeción al interés empresarial (SSTC 120/1983 , 88/1985 , 6/1988 , 129/1989 , 126/1990 , 99/1994 y 134/1994 , 6/1995 , 4/1996 , 106/1996 y 186/1996 ; pues es necesario preservar "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional (STC 6/1988 fundamento jurídico 8.º), modulación que sólo debe producirse "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994 , fundamento jurídico 4.º, reiterada en la STC 106/1996 , fundamento jurídico 5º)".

Y en su fundamento cuarto se han de destacar los siguientes párrafos:

"La relevancia pública de la materia sobre la que versan las manifestaciones del actor, criterio que las SSTC 6/1988 y 143/1991 tuvieron por decisivo para calificar como legítimo el ejercicio por los trabajadores de su derecho de libertad, hasta el punto de que no resulta exagerado afirmar que en tanto en cuanto el contenido de la expresión se refiere a irregularidades en un servicio público, y de público interés, por tanto, la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión, o información, queda notablemente difuminada. Dicha conclusión se refuerza particularmente cuando el comunicante, por su directo conocimiento de los hechos relevantes para la adecuada prestación del servicio público, se encuentra especialmente capacitado para formular denuncias que coadyuven eficazmente al interés de eliminar fraudes o abusos en la prestación del servicio público".

"Pues bien, este decisivo criterio resulta claramente aplicable al supuesto que enjuiciamos. Tratándose de Empresa, ciertamente privada, pero cuya única actividad -según el relato fáctico proporcionado por las propias resoluciones judiciales- es la prestación de un servicio público, el transporte urbano en la ciudad de Oviedo en régimen de concesión, es indudable que junto a los derechos y obligaciones derivados de la relación individual de trabajo existe un interés público en la regular, eficaz y eficiente prestación de dicho servicio. Y a dicho interés sirve indudablemente la comunicación a la administración titular del servicio, y como tal investida de



potestades de supervisión y control de la concesionaria, de los datos que puedan resultar decisivos para la regular prestación del mismo.

"La presencia de este interés, por lo demás, viene a dar su máximo sentido al ejercicio de la libertad de expresión, pues es claro que las libertades del art. 20 no son solo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 20/1990 , fundamento jurídico 4.º a), con cita de las SSTC 6/1981 , 12/1982 , 104/1986 y 159/1986 , por todas). La ausencia de consideración por las resoluciones enjuiciadas de este público interés en el contenido de las manifestaciones realizadas por el recurrente, bastaría por ello, y por sí sola, para considerar constitucionalmente inadecuada la ponderación realizada en las resoluciones impugnadas".

QUINTO: En el presente caso, el hecho cuarto de la sentencia de instancia se tiene por probado que el actor realizó unas quejas en el portal de internet de atención al ciudadano.

En la web del Ayuntamiento de Barcelona existe una entrada bajo el epígrafe "buzón de quejas y sugerencias" con el propósito de que cualquier persona "pueda comunicar incidencias, quejas y sugerencias sobre cualquier servicio municipal o sobre el funcionamiento de la ciudad".

Del contenido de las quejas que cursó el trabajador solo constan algunas transcripciones en la carta de despido y cuya veracidad no ha sido negada ni afirmada, pero, en cualquier caso, se trata de algún defecto estético en el sistema de alumbrado de la ciudad (pintura, suciedad...) o de escasa trascendencia o relevancia en su funcionamiento, que no pueden verse como "altamente perjudiciales para la empresa" como califica la carta de despido. También la carta tacha esos comentarios de "malintencionados, con ánimo de perjudicar", lo cual, sin embargo, no puede deducirse de las expresiones empleadas -que no son ofensivas o injuriosas-, y tampoco del número ciertamente elevado de quejas puesto que estamos ante el ejercicio de un derecho realizado en cada momento dentro de sus límites -formular la denuncia ante el ayuntamiento.

También refiere la carta, que el trabajador transgredió la buen fe contractual porque "se ha saltado el orden jerárquico puesto que las quejas, incidencias en el servicio, mejoras a realizar en los procedimientos, etc todas aquellas sugerencias que deba realizar han de cursarse ante sus superiores jerárquico y nunca ante el cliente". Pero tampoco puede aceptarse tal valoración porque, en palabras de la sentencia citada nº 1/1998 del tribunal Constitucional , "no está constitucionalmente justificada cualquier limitación de los derechos fundamentales del trabajador fundada en la lealtad y buena fe debidas a la empleadora, sea o no estrictamente imprescindible dicha limitación"; además de que tampoco se prevé dicha obligación el convenio del sector del metal. Más aún, la misma sentencia señala en otro lado que "antes bien, existiendo en el caso un posible conflicto entre la lealtad debida a la empleadora y la igualmente debida a la administración titular del servicio público de transporte, al interés público, en suma, el demandante de amparo no obró ilícitamente si se comportó de modo que prevaleciera este último".

En conclusión, dado que el despido supuso una violación de los derechos fundamentales del demandante, de conformidad con el art. 55.5 del ET , ha de declararse nulo.

SEXTO Las consecuencias de esa nulidad serán las previstas en el número 6 del citado art. 55 del ET , la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

Para su cálculo se ha de tener presente que la jornada que el actor venía realizando era de seis horas al mes, equivalente al 15% de la jornada ordinaria, de modo que su salario diario era el 15% de 106,15 euros (3.184,50/30), esto es, s.e.u.o, 15,92 euros.

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

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por Demetrio contra la sentencia dictada el 13 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona en los autos seguidos con el nº 699/2011, a instancia de Demetrio contra SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (SECE), debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, estimando la demanda, declaramos la nulidad del despido del actor de fecha 9 de junio de 2011, condenando a la empresa demandada a readmitir al actor y a abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido en la cuantía diaria de 15,92 euros.



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.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 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 art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, 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 El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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 la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.