



Roj: **STSJ CAT 1013/2011 - ECLI: ES:TSJCAT:2011:1013**

Id Cendoj: **08019340012011100495**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2011**

Nº de Recurso: **6788/2010**

Nº de Resolución: **1083/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO ANDRES VALLE MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2010 - 0001497

EL

ILMA. SRA. MA DEL CARMEN FIGUERAS CUADRA

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

En Barcelona a 10 de febrero de 2011

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. 1083/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por Jesús frente a la Sentencia del Juzgado Social 21 Barcelona de fecha 29 de junio de 2010, dictada en el procedimiento Demandas nº 92/2010 y siendo recurrido/a Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona A.P.I.E.. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ.

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 29 de junio de 2010 que contenía el siguiente Fallo:

"Desestimo la demanda formulada por D. Jesús , frente a la empresa SOCIEDAD DE ESTIBA YDESESTIBA DEL PUERTO DE BARCELONA, A.P.I.E., declaro procedente el despido realizado por la empresa demandada en fecha 15-12-09 convalidando la extinción que con él se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación y absuelvo a la empresa demandada de los pedimentos en su contra formulados."

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

" **PRIMERO.-** La parte actora D. Jesús , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada con antigüedad desde el 06-07-1998, categoría



profesional de técnico no titulado y salario de 48.180,25 euros anuales brutos, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La empresa entregó al actor una carta de fecha 15-12-09 comunicándole el despido con efectos desde dicha fecha por los hechos que constan en la misma que, dada su extensión, se tienen por reproducidos.

TERCERO.- El análisis realizado al actor el 20-05-09 dio positivo en cocaína. El actor no fue sancionado.

CUARTO.- En el análisis realizado al actor el 06-07-09 volvió a dar positivo, fue sancionado por falta grave con suspensión de empleo y sueldo de 15 días. El actor no impugnó la sanción.

QUINTO.- Según comunicación del grupo de ayuda de la empresa de fecha 16-09-09 el actor faltó a los controles asignados por dicho grupo. La empresa sancionó al actor por falta grave con suspensión de empleo y sueldo de 15 días. El actor no impugnó la sanción.

SEXTO.- Según comunicación del grupo de ayuda de la empresa de fecha 14-10-09 el actor faltó a los controles asignados por dicho grupo. La empresa sancionó al actor por falta muy grave con suspensión de empleo y sueldo de 30 días. El actor no impugnó la sanción.

SÉPTIMO.- En el control de seguimiento realizado al actor el día 21-10-09 volvió a dar positivo en el control analítico de orina, fue sancionado por falta muy grave de suspensión de empleo y sueldo de 90 días. El actor no impugnó la sanción. El actor no impugnó la sanción.

OCTAVO.- En los controles de seguimiento realizados al actor los días 05 y 18-11-09 volvió a dar positivo en el control analítico de orina. El día 5 mencionado el actor estaba en período de vacaciones y el 18 cumpliendo una sanción.

NOVENO.- El actor suscribió, en fecha 02-12-09, con la empresa demandada los siguientes acuerdos: "1. El trabajador, ante la necesidad de ser internado en un centro terapéutico, ha solicitado que le sea concedido un anticipo para su financiación. El coste aproximado del tratamiento asciende a veintiún mil seiscientos (21.600 euros) a razón de dos mil setecientos euros mensuales (2.700 euros). Sin embargo, y dado que la cantidad final del mismo depende de la evolución del paciente, no se establece esta cantidad como importe pero si máximo, por lo que si la estancia se prolonga más de ocho meses o el coste mensual fuera superior al inicialmente previsto, se deberá sufragar el importe de más por parte del trabajador o bien renegociar el presente acuerdo.

2. Estibarna APIE, con una periodicidad mensual, abonará estas cantidades directamente al centro terapéutico.

3. El trabajador se compromete a devolver la totalidad del importe percibido una vez se reintegre al trabajo en concepto de anticipo. Para ello deducirá una retención del líquido a percibir diariamente por el trabajador, la cantidad se determina en función de las deducciones legalmente establecidas en supuestos de retenciones por organismos públicos."

Para realizar el tratamiento el actor inició período de incapacidad temporal el 30-11-09. Obtuvo el alta médica el 07-05-10.

DÉCIMO.- El actor abandonó el tratamiento que menciona el pacto anterior, que estaba realizando en el centro MAS BAGA, para la rehabilitación de su enfermedad de adicción el día 07-12-09.

DECIMOPRIMERO.- El actor no ha ostentado la condición de representante de los trabajadores en el año anterior al despido."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, 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.- Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la demanda formulada por la parte actora contra la demandada en reclamación por despido disciplinario, interpone la parte actora, ahora como recurrente, el presente recurso de suplicación en base a tres motivos. El primero de ellos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, tiene por objeto revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

En primer lugar pretende la recurrente la supresión del hecho probado tercero de la sentencia de instancia, por cuanto hace referencia a un análisis realizado al actor el día 20-05-09, del cual no hace ninguna mención la carta de despido, siendo un hecho nuevo que no ha de ser tenido en cuenta. Se ampara para ello en los



documentos obrantes a los folios 358 a 361 y 389 a 391. En segundo lugar pretende una redacción nueva al hecho probado tercero, en el sentido de hacer constar que al actor se le realizaron un total de 17 análisis desde mayo de 2009 a diciembre de 2009, de los cuales 12 fueron negativos. Se ampara para ello en los documentos obrantes a los folios 392 a 426, 379, cuestionando la validez de las analíticas positivas dadas por el actor. En tercer lugar pretende la modificación de los hechos probados noveno y décimo, relativos a la situación de incapacidad temporal del actor con el objetivo de eliminar del hecho probado noveno la referencia a que la incapacidad temporal se inició para realizar un tratamiento de desintoxicación, y respecto del hecho décimo, para señalar que los gastos en el centro Mas Baga, ascendieron a 1350 euros, y fueron abonados por el trabajador. Se ampara para ello en los documentos obrantes a los folios 428 y 429.

El motivo, en sus tres pretensiones, no puede prosperar. No se aprecia error en la valoración de la prueba realizada por el Juzgador "a quo", de conformidad con lo previsto en los artículos 97.2 y siguientes de la LPL, en relación con el artículo 348 de la supletoria LEC, que justifiquen la modificación que se interesa. Es al juzgador de instancia a quien corresponde valorar la prueba practicada para formar su convicción, con apreciación en sana crítica de todos los elementos probatorios. Y si llegó a una resolución fáctica, ésta debe de prevalecer como norma general, sobre cualquier interpretación subjetiva o interesada, por lo que debe respetarse la establecida por el Juez "a quo", a no ser que se demuestre palmariamente el error en que éste hubiese podido incurrir en su elección y que se acredite en todo caso que el error judicial se produjo de modo irrefutable y manifiesto.

Respecto de la primera pretensión, la misma obedece a una lectura parcial y sesgada del contenido de la carta de despido. Concretamente, y según la carta, la sanción de 24-08-09 que sanciona el positivo de 06-07-09 ya hace constar de forma clara que el actor "nuevamente", ha dado positivo, en referencia al positivo de 20-05-09, que el juzgador de instancia declaró probado. Respecto de la segunda pretensión, resulta intrascendente, a efectos de modificar el fallo de la sentencia, que, de los 17 análisis realizados al actor, 12 fueran negativos, pues lo cierto y verdad es que 5 de ellos fueron positivos en el mismo intervalo, y el actor se negó a someterse a análisis en dos ocasiones, interpretando el convenio tal negativa como dos positivos más. Y respecto a la tercera pretensión resulta igualmente intrascendente suprimir que el motivo de la incapacidad temporal fue para iniciar tratamiento para la rehabilitación de su adicción, como el hecho de que el actor sufragó los gastos del centro de rehabilitación, habida cuenta que no se discute, ni el mismo hecho de la baja médica, ni el abandono del tratamiento desintoxicador, ni el resto del hecho probado noveno, respecto del acuerdo suscrito por el actor con la empresa respecto a cómo sufragar dicho tratamiento.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, presenta la parte recurrente, el segundo motivo y tercer motivo del recurso que tienen por objeto examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia por parte de la sentencia de instancia.

En el segundo motivo denuncia la parte recurrente la infracción de lo dispuesto en el artículo 54.2.f) del ET, en relación con el artículo 45.1.c) y h) de la misma norma, porque de las numerosas sanciones impuestas por la empresa al trabajador, al dar positivo en los análisis por consumo de cocaína, la mayoría de ellas no deberían de valorarse a efectos de justificar el despido, y solamente debiera de centrarse el debate a los controles de los dos últimos días, y el abandono del tratamiento médico. Afirma igualmente que la toxicomanía del actor no repercutió negativamente en el trabajo, más allá del riesgo que pudo ocasionar, así como que el trabajador se sometió voluntariamente a la mayoría de los controles. Alega a su vez la teoría gradualista por entender que habría que valorar las circunstancias concurrentes del trabajador, con diez años de antigüedad en la empresa, así como la nula repercusión en su rendimiento, lo que eximiría de la máxima sanción impuesta. En el tercer motivo denuncia la infracción de toda una doctrina judicial de esta Sala que cita pormenorizadamente, según la cual el consumo de drogas prohibidas, no siempre, y en todo caso, ha de comportar la máxima sanción por despido disciplinario.

Ninguno de los dos motivos puede prosperar. Las sanciones impuestas al trabajador, aceptadas y firmes, son consecuencia lógica del Régimen disciplinario del Anexo III y IX del Convenio colectivo de aplicación. Y es que el actor, como el conjunto de trabajadores portuarios, está sujeto a los controles, aleatorios o accidentales que se determinen, resultando que de los 25 controles efectuados al mismo, 5 dieron positivos a cocaína, lo que representa un 20% de positivo directo de las analíticas efectuadas, a lo que cabe añadir 2 inasistencias a los controles de toma de orina, que equivalen, cada una de ellas, a sendos positivos, sumando un total de 7.

El trabajo portuario, por los medios empleados y la manipulación de mercancías, representa una peligrosidad inherente por su alto riesgo, lo que hace que todo el personal deba encontrarse en las adecuadas condiciones físicas y psíquicas para trabajar con las máximas garantías. Esta peligrosidad, hizo que los negociadores del convenio regulasen el procedimiento de control de alcoholemia y drogadicción, dedicando todo un capítulo (IX) del texto del convenio a dicho control. Además, el propio convenio señala que el primero control positivo de droga no se sancionará si el trabajador se somete al tratamiento por el grupo de ayuda, siempre y cuando no



de positivo en el plazo de 6 meses, y el recurrente tras el positivo de 20-05 que no se sancionó por someterse al grupo de ayuda, vuelve a dar positivo en cinco ocasiones, no sometiéndose a controles ni el 16-09 ni el 14-10.

Además, cabe señalar que las sanciones no fueron impugnadas por el actor, quien no puso en duda los controles hubieran sido manipulados. Y el número de positivos ya son suficientes como para calificar las infracciones de faltas muy graves, ya que el apartado 7 del anexo III del convenio señala que se consideran faltas graves la permanencia en la zona de portuaria en estado derivado del consumo de drogas tóxicas o estupefacentes o sustancias psicotrópicas cuando no superen las dos veces al año, calificando el apartado 8 como también de falta grave la negativa a someterse a los controles de drogadicción. Y de conformidad con el apartado 4 del anexo II, es una falta muy grave el estado derivado del consumo de drogas siempre que fuese por tres o más veces en un año, de modo que los tres últimos positivos, ya constituyen falta muy grave sancionable con despido. Podría considerarse, como alega la recurrente, que tales faltas ya han sido sancionadas y que no procede tenerlas en cuenta a efectos de una nueva sanción. Sin embargo, el apartado 24 del anexo, relativo a faltas muy graves, considera como tales "la repetición de faltas graves, aunque sean de distinta naturaleza, siempre que se comentan dentro de un semestre desde la primera y hayan sido sancionadas", siendo viable en consecuencia la sanción por despido impuesta por la empresa.

En cualquier caso, tanto los positivos, como el abandono del tratamiento o la inasistencia para que no se recojan las muestras de orina, también son conductas que constituyen una trasgresión de la buena fe contractual por colocar la relación laboral en una fuente originadora de peligros sobreañadidos innecesarios, tanto para el actor, como para sus compañeros y los bienes de la empresa. Y así el apartado 10 del anexo III considera como trasgresión de la buena fe contractual, los actos que produzcan perjuicio grave y desprestigio para la empresa, y, en el presente caso, como decíamos, los dos controles de 5 y 8 del 11-09 que dieron positivo, unido al abandono del tratamiento, pese a las facilidades que proporcionaba la empresa, sólo pone de manifiesta, la negativa del actor a asumir la normativa de la empresa y a evitar una situación que sólo puede producir riesgos en el trabajo, prolongando además voluntariamente la situación de incapacidad temporal (por abandonar el tratamiento desintoxicador), con la consecuencia que ello comporta además de perjuicio para la Seguridad Social. Hechos lo suficientemente graves como para justificar, a juicio de esta Sala, la máxima sanción de despido disciplinario impuesta.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Jesús contra la sentencia de 29 de Junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social número 21 de Barcelona en los autos número 92/2010, seguidos a instancia de la parte actora, ahora recurrente, contra Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona A.P.I.E., confirmando íntegramente la misma.

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 esta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art.219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del texto procesal laboral, todo el que (a excepción de los trabajadores o causahabientes suyos, los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social, quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos dependientes de todos ellos) intente interponer recurso de casación, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya tiene abierta en el Banco Español de Crédito-BANESTO-, en la Oficina núm 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

En caso de recurso de casación, la consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO, en la oficina indicada en el párrafo anterior, nº 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 el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ