



Roj: **STSJ ICAN 3234/2016 - ECLI:ES:Tsjican:2016:3234**

Id Cendoj: **35016340012016100804**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2016**

Nº de Recurso: **385/2016**

Nº de Resolución: **700/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **IGNACIO JOSE DUCE SANCHEZ DE MOYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 06

Fax.: 928 32 50 36

Sección: REY

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000385/2016

NIG: 3500444420150001124

Materia: Sanción a trabajador

Resolución: Sentencia 000700/2016

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000539/2015-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 3 de Arrecife

Intervención: Interviniente: Abogado:

Recurrente Eduardo SALVADOR MEDINA MARTIN

Recurrido BUENA VENTURA RESORTS S.L.

FOGASA FOGASA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 27 de julio de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000385/2016, interpuesto por D. Eduardo , frente a Sentencia 000052/2016 del Juzgado de lo Social Nº 3 de Arrecife los Autos Nº 0000539/2015-00 en reclamación de Sanción a trabajador siendo Ponente el ILTMO. SR. D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. Eduardo , en reclamación de Sanción a trabajador siendo demandadas BUENA VENTURA RESORTS S.L. y FOGASA y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 8.3.2016 , por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO.- El actor, Don Eduardo , con DNI N° NUM000 viene prestando servicios por cuenta de Buena Ventura Resorts SL, con una antigüedad del 25 de junio de 2013, categoría profesional de ayudante de mantenimiento y un salario bruto mensual de 1.504,92 euros, con prorrata de pagas extras.

(Hecho probado en virtud de la conformidad de las partes).

SEGUNDO.- El actor estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 4 de mayo al 13 de octubre de 2015 con un diagnostico de dolor en extremidades derivada de accidente no laboral.

(Hecho probado conforme al documento N° 6 del ramo de prueba de la parte actora)

TERCERO.- Mutua Fremap, mediante escrito de fecha 20 de mayo de 2015, comunica al actor que se ven obligados a derivar su caso al servicio público de salud, puesto que Buena Ventura Resorts SL se niega a enviar el parte de accidente por considerar que no se trata de una contingencia profesional.

(Hecho probado conforme al documento N° 4 del ramo de prueba de la parte actora)

CUARTO.- Mediante Resolución de fecha 25 de junio de 2015, la Dirección Provincial de Las Palmas del INSS declara el carácter común del proceso de incapacidad temporal padecido por el actor desde el 4 de mayo de 2015.

(Hecho probado conforme al documento N° 3 del ramo de prueba de la mercantil demandada).

QUINTO.- A las 11:00 horas del 2 de septiembre de 2015, un trabajador de Buena Ventura Resorts SL, sufrió un accidente de trabajo consistente en que al encontrarse quot;manipulandoquot;, ha derramado material corrosivo que ha producido una deflagración.

(Hecho probado conforme al documento N° 6 del ramo de prueba de la mercantil demandada).

SEXTO.- En fecha 4 de septiembre de 2015, el actor publico en el muro de su perfil personal de facebook, el comentario siguiente:

quot;Hoy me entero de que un compañero y buena persona tiene el 75% de su cuerpo quemado por ahorrarle dos duros a la empresa, ya esta bien de jugar con la vida de las personas HIJOS DE PUTA.quot;

A las 4 horas de publicarse, la entrada contaba con quot;32 Me gustaquot; y quot;2 comentariosquot;.

(Hecho probado conforme al documento N° 4 del ramo de prueba de la mercantil demandada).

SEPTIMO.- Buena Ventura Resorts SL tuvo conocimiento del comentario que el actor publicó en el muro de su perfil personal de facebook a través de sus propios empleados.

(Hecho probado conforme a la valoración conjunta de la prueba testifical practicada)

OCTAVO.- La mercantil demandada remitió al actor por burofax, escrito de fecha 10 de septiembre de 2015, en el que se le comunicaba que a consecuencia de las manifestaciones publicadas en su página personal de facebook, procedía a su despido disciplinario con efectos desde el 10 de septiembre de 2015.

(Hecho probado conforme a la carta de despido obrante en las actuaciones)

NOVENO.- El actor no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

(Hecho probado conforma al documento N° 33 del ramo de prueba de la parte demandada).

DÉCIMO.- A la relación laboral existente entre las partes resulta de aplicación el VAcuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería, publicado en el BOE el 21 de mayo de 2015.

(Hecho no controvertido)."

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:"DESESTIMO la demanda interpuesta por DON Eduardo frente a BUENA VENTURA RESORTS S.L. y FOGASA, CONFIRMO la sanción impuesta al actor y ABSUELVO a la citada entidad mercantil y al FOGASA de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. Eduardo , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 5.7.2016.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia que desestimó la demanda confirmando la sanción de despido disciplinario impuesta al trabajador por la empresa demandada; se alza aquel en suplicación alegando un motivo de revisión fáctica y dos de censura jurídica a fin de que su despido sea declarado improcedente, condenando a la demandada a las responsabilidades correspondientes.

SEGUNDO.- Con amparo en el artículo 193 b) de la LRJS , la parte recurrente viene a efectuar en los apartados 1º y 2º de su escrito una serie de alegaciones contra la sentencia de instancia en el sentido que le interesa.

El artículo 193 b) de la LRJS establece como uno de los objetos del recurso de suplicación "revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas".

Por su parte el artículo 196 de la misma Ley , establece lo siguiente en sus apartados 2 y 3:

"2. En el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos.

3. También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que se pretende."

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente ( STS 14 de enero , 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986 ) y STS, 17 de noviembre de 1990 ) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Por consiguiente el motivo revisorio debe ser desestimado por no reunir los requisitos legalmente exigidos para su prosperabilidad.

TERCERO.- Con amparo en el artículo 193 c) de la LRJS la misma parte aduce en primer lugar infracción del artículo 114.3 de la LRJS , en relación con el artículo 217 de la LEC . Insiste en que no se ha probado que el trabajador publicase en su muro de facebook el texto recogido en el hecho probado 6º de la sentencia impugnada.

Pero como razona el Magistrado a quo en el Fundamento Jurídico 1º de su sentencia, en el documento unido al folio 98 que contiene el texto imputado al trabajador aparece su nombre, habiendo reconocido en el acto del juicio que hizo público el referido comentario, corroborado mediante prueba testifical, todo lo cual justifica su autoría, que vino a dar lugar a su despido disciplinario.

En consecuencia debe ser desestimado el motivo.

CUARTO.- Con idéntico amparo la misma parte alega vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida en la STS de 17.12.2010 , referida a la graduación en la aplicación de las sanciones.

La empresa ha sancionado al trabajador con su despido disciplinario por una falta de ofensas contra el empresario tipificada como falta muy grave en el artículo 40.6 del Acuerdo Nacional de Hostelería, publicado en el BOE número 121, de 21.5.2015; así como en el artículo 54.2 c) del ET .



Este último precepto considera incumplimiento contractual grave para dar lugar al despido disciplinario del trabajador: "Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos".

Por su parte el artículo 40.6 del mencionado Acuerdo establece como falta muy grave sancionada con el despido disciplinario (art. 41,1 c) del mismo Acuerdo): " Los malos tratos de palabra u obra , abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores y público en general".

Con dicha causa de despido se trata de proteger la convivencia y buena organización de la empresa ( sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988 ).

Por ofensas verbales se entiende las expresiones, orales o escritas, que envuelven una ofensa moral para la persona que la sufre o recibe ( sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1963 ), pero la actitud ofensiva del trabajador ha de resultar grave y culpable, calificación que habrá que hacer tras examinar las especiales circunstancias que concurran en cada supuesto, los datos objetivos y subjetivos concurrentes, el comportamiento de los intervinientes, las expresiones utilizadas y la finalidad perseguida, buscando siempre la proporcionalidad y la adecuación entre conducta y sanción ( sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1987 , 7 de junio de 1988 y 16 de mayo de 1991 ).

En este caso del inalterado relato fáctico se deduce que el actor, trabajador de la empresa demandada con categoría de ayudante de mantenimiento desde 25.6.2013, estuvo en situación de IT derivada de enfermedad común durante el período 4.5.2015 a 13.10.2015.

A las 11,00 horas del día 2.9.2015 un compañero suyo sufrió un accidente de trabajo al encontrarse "manipulando" y derramar material corrosivo que produjo una deflagración.

El día 4.9.2015 el actor publicó en el muro de su perfil personal de facebook, el comentario siguiente: "Hoy me entero de que un compañero y buena persona tiene el 75% de su cuerpo quemado por ahorrarle dos duros a la empresa, ya esta bien de jugar con la vida de las personas HIJOS DE PUTA.";

A las 4 horas de publicarse, la entrada contaba con "32 Me gusta" y "2 comentarios";

Buena Ventura Resorts SL tuvo conocimiento del comentario que el actor publicó en el muro de su perfil personal de facebook a través de sus propios empleados.

La mercantil demandada remitió al actor por burofax, escrito de fecha 10 de septiembre de 2015, en el que se le comunicaba que a consecuencia de las manifestaciones publicadas en su página personal de facebook, procedía a su despido disciplinario con efectos desde el 10 de septiembre de 2015.

De todo ello se deduce la gravedad de las ofensas dirigidas por el actor hacia los responsables de la empresa con publicidad, pues con ocasión del accidente de trabajo sufrido por su compañero el día 2.2.2015, vino a proferir una injuria contra ellos atribuyéndoles como causa de aquel accidente el ahorro económico de la empresa. Como concluye el Magistrado a quo, la expresión utilizada por el actor no tuvo mas propósito que atacar el prestigio y honor de dichos responsables, perjudicando su buena fama y reputación, sin justificación alguna pues el actor se hallaba en situación de baja por IT, careciendo de vinculación alguna con aquel hecho. Por todo ello, su despido debe ser calificado como procedente ( artículo 55.4 ET ), con las consecuencias prevenidas en el artículo 55.7 del ET . Y habiéndolo entendido así la sentencia impugnada ha de ser confirmada con desestimación del recurso interpuesto.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Eduardo contra la Sentencia dictada el día 8.3.2016 por el Juzgado de lo social número 3 de Arrecife de Lanzarote , debemos confirmar como confirmamos dicha Sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 3 de Arrecife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

## ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación



de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 #8364; previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/ 0385/16 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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