



Roj: **STSJ AND 6481/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:6481**

Id Cendoj: **41091340012017101966**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **2275/2016**

Nº de Resolución: **1736/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rº 2275/16 mba

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Ilmos. Señores:

DÑA. ELENA DIAZ ALONSO

DÑA . Mª GRACIA MARTÍNEZ CAMARASA

D. JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a ocho de junio de 2017

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 1736/17

En el Recurso de Suplicación interpuesto por SERVISAR SERVICIOS SOCIALES S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número DOS de los de CADIZ, Autos Nº 773/15 ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª. Mª GRACIA MARTÍNEZ CAMARASA, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos se presentó demanda por Marcial contra SERVISAR SERVICIOS SOCIALES S.L. celebró el Juicio y se dictó sentencia el 18/12/15 por el Juzgado de referencia en la que se estimó la demanda.

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados constan los siguientes:

PRIMERO.- El demandante es auxiliar de ayuda a domicilio con antigüedad el 15 de diciembre de 2009; su salario efectos de despido es de 29,3 € diarios ;no es representante del personal.

La empresa inició expediente disciplinario contradictorio y le despide por carta el 11 de septiembre de 2015, imputando en esta hechos ocurridos en julio y agosto de 2015.

Demandante realizó escrito en tres social el 6 de julio de 2015 y luego el 12 de agosto de 2015 teniendo como fondo una fotografía del nuevo pleno municipal de 2015 manifiesta sus opiniones.



SEGUNDO.- En los meses de julio y agosto de 2015 no existía huelga ni conflicto laboral formalizado. Con la entrada del nuevo equipo municipal se planteaban situaciones de Remunicipalización de servicios antes externalizados a empresas privadas.

TERCERO.- 1.-El demandante tenía situación de excedencia desde el 18 de agosto al 31 de diciembre de 2015 el expediente se inicia el 17 de agosto y la carta del 4 de septiembre de 2015 -folios siete a 10 de autos-el despido tiene efectos del 11 de septiembre de 2015.

2.- Dicha carta-7 páginas- en resumen indica:

"... hemos constatado la existencia de incumplimientos continuados... Consistentes en haber realizado comentarios ofensivos, difamatorios y humillantes contra esta empresa en redes sociales y sitios webs ampliamente conocidos en Internet sin que tales afirmaciones tengan el más mínimo atisbo de veracidad igualmente se han constatado la existencia de antecedentes disciplinarios por falta grave en un período inferior a seis meses... El 12 de marzo de 2013 usted suscribió el documento denominado compromiso de conocimiento y aceptación del código de conducta de SAR Quavitae... 14 de agosto de 2015 usted fue sancionado con amonestación escrita por la Comisión de falta grave por hechos distintos a los presentes... La empresa 17 de agosto de 2015 tuvo conocimiento del contenido de una página cuyo texto se reproduce: el servicio de ayuda a domicilio en Cádiz está en manos de inútiles integrales. del primero a la último... Los trabajadores y usuarios merecen algo mejor ... Hay que re municipalizar este servicio ya. auxiliares a domicilio necesitan gente responsable preparada.. No insensibles víboras mentirosas desazonadas, presas del enchufismo el amiguismo y el corporativismo sus mejores aliados, trabajadores y trabajadoras pelearán pronto por un sindicato a su altura. Por sus derechos y los de los enfermos ánimo y confianza... El empleo de redes sociales ha provocado una rápida y extensa difusión de sus comentarios habiéndose constatado su publicación sea compartido por otros usuarios al menos en 25 ocasiones justeza mantenido consciente y voluntariamente esta publicación en su muro de **facebook** a disposición pública desde su publicación hasta momento actual.

El 17 de agosto de 2015 se puede visitar en Internet una página con un video titulado la grave situación de los auxiliares a domicilio en usted realiza comentarios ofensivos, difamatorios humillantes contra esta empresa al calificarla de mentirosa y al afirmar que los trabajadores sufren los amiguismos y los enchufismo dos así como que la empresa se contrata a novias de nuestro equipo de gestión, dando los servicios más beneficiosos a las amiguitas de las coordinadoras.. El empleo de este portal de Internet ha provocado una rápida y extensa difusión de los comentarios habidos y constatado su video ha sido reproducido en más de 1118 ocasiones hasta momento y apareció al menos 10 comentarios .

La empresa conoció estos hechos el 17 de agosto de 2015 y las publicaciones han sido hechas en un plazo inferior a seis meses y en transcurrido menos de 60 días desde su Comisión los hechos han quedado sobradamente expuestos no existe el más mínimo atisbo de veracidad en relación con los comentarios ofensivos, difamatorios humillantes contra esta empresa proferidos por usted.

El trabajador se obligó a cumplir el código de conducta que literalmente dice: el abajo firmante declara que ha recibido y que en su poder un ejemplar del código de conducta... Y que conocías esta mismo comprometiéndose a cumplirlo en su desempeño profesional... El presente caso ha atribuido su empleador a una conducta altamente reprochable en un tema de tanta sensibilidad social cuales el cuidado ancianos independientes en sus domicilios particulares con el propósito de generar alarma social obteniendo con ello su máxima difusión empleando para ello en un medio que impide la defensa de quien se siente ofendido sin que sobre sus renuncias exista el más mínimo atisbo de veracidad.. Esas aseveraciones va más allá del legítimo derecho a la libertad de expresión del trabajador... Buscan es lograr una pérdida de imagen y credibilidad y con ello una minusvaloración de la honorabilidad y heteroestima corporativa que puede poner en peligro la continuidad en la gestión del servicio.. Así como la adjudicación a la empresa de otros servicios de ayuda a domicilio por parte de entidades que se han hecho eco de tales manifestaciones... Los hechos imputados suponen la Comisión de una falta muy grave de transgresión de la una fe contractual llevan aparejada la sanción de despido disciplinario ha resuelto imponer la usted su despido disciplinario con fecha de efectos 11 de septiembre de 2015..

3.- En el expediente contradictorio hubo pliego de descargo del trabajador de siete páginas son los folios 11 a 14 de autos-en ella se indicaba que no había una descripción de hechos que existía falsedad de los hechos imputados y que lo dicho y escrito es cierto y riguroso siendo expresiones basadas en la libertad de expresión y que no resultan menospreciar ni humillar a nadie... Existiendo un debate público de re municipalización-- mencionaron conjunto de sentencias el turno constitucional y que tratándose de la prestación de un servicio público hay un interés público en la regular eficaz y eficiente prestación del mismo.

3.- La empresa comunicó al Comité de empresa el 15 de septiembre la decisión de este despido previamente se había comunicado a su sindicato el 18 de agosto



CUARTO.- La empresa ha dado de baja al trabajador el 17 de agosto de 2015 día en que le concede la excedencia solicitada y donde se indica que se iba a investigar sobre la incubación de expediente disciplinario que se inicia el propio día 17 de agosto

QUINTO.- Existe el procedimiento 723- 2015 en el número dos sobre sanción donde la empresa aceptó la prescripción por haber notificado con un día de retraso la sanción había sido la amonestación escrita

SEXTO.- En la grabación de vídeo , se realizan los comentarios teniendo como fondo una fotografía del pleno del ayuntamiento donde aparece un lado la concejala de servicios sociales a quien se dirige el demandante ,comienza indicando que va a comentar la dos noticias del día porque los gaditanos tienen derecho a informarse y así la primera es que el máximo de las dietas para los concejales será de 1800 €... Que es trabajador de la empresa Sar Quavitae tiene que vivir con 700 €.. Que los sindicatos existentes no hacen nada... Siendo los Auxiliares de servicio quienes atienden las casas de los usuarios. Y sufren amiguismo y me voy a callar... Existen cuadrantes y no hay turno rotatorio.. Pido a la Concejala de Asuntos sociales(en el vídeo señala esta sentada a la izquierda de la pantalla) que haga una revisión de las condiciones dado que ello repercute en los usuarios como primeros afectados... que revise no sólo a los Trabajadores sociales sino también las condiciones de los Auxiliares a domicilio donde la mayoría son mujeres ;tienen dificultades para conciliar el derecho a su vida familiar.. pide la Concejala de Asuntos sociales, Constanza , que haga el favor de meter mano a este personal ya que si ellos pueden cobrar hasta 1800 €.de dietas,ellos tienen que vivir con 700.. reitera que se lo dice a Constanza , que le da un abrazo ,ánimo y confianza y se lo pide al nuevo equipo del Ayuntamiento pues el gaditano lo necesita y lo merece... muchas gracias.

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandado que fue impugnado por el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia, estimando la demanda declaró nulo el despido del actor de 16/09/2015 y condenó a la empresa demandada a readmitir al actor en su puesto de trabajo, si bien "estando en excedencia su efectividad será cuando acabe el 31 de diciembre próximo", declarando asimismo que encontrándose en situación de excedencia no existían salarios dejados de percibir.

Contra dicha sentencia interpone la empresa condenada recurso de suplicación -que se impugna de contrario por la demandante- conteniendo el recurso varios motivos formulados al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

En los dos primeros motivos, con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS solicita la empresa demandada recurrente lo siguiente:

1)la adición de un nuevo hecho probado séptimo en que se exprese que *"El día 10 de agosto de 2015 el actor publicó en su perfil de **Facebook** el siguiente texto escrito: "el servicio de ayuda a domicilio en Cádiz está en manos de inútiles integrales. del primero a la último... Los trabajadores y usuarios merecen algo mejor ... Hay que remunicipalizar este servicio ya. auxiliares a domicilio necesitan gente responsable preparada.. No insensibles víboras mentirosas descorazonadas, presas del enchufismo el amiguismo y el corporativismo sus mejores aliados, trabajadores y trabajadoras pelearán pronto por un sindicato a su altura. Por sus derechos y los de los enfermos ánimo y confianza.."*

. 2) la adición de un nuevo hecho probado octavo del siguiente tenor literal: *" Consta en autos como documento 10 del ramo de prueba de la parte demandada un documento titulado "Código de Conducta SARQUAVITAE", cuyo contenido se da por reproducido. Igualmente consta en autos como documento 11 del ramo de prueba de la parte demandada, un acuse de recibo suscrito por el trabajador el día 12 de marzo de 2013 en el que se hace constar que "El abajo firmante declara que ha recibido y tiene en su poder un ejemplar del Código de conducta Sarquavitae y que conoce y que acepta el mismo, comprometiéndose a cumplirlo en su desempeño profesional ", o bien que quede redactado ese nuevo hecho probado en los términos que alternativa o subsidiariamente se expresan que se dan por reproducidos.*

La Sala admite la primera revisión fáctica propuesta, por venir avalada documentalmente a los folios que se indican, y poder ser relevante a los efectos del recurso.

Y admite en parte la segunda revisión, en el solo sentido de añadir al relato fáctico de la sentencia un nuevo hecho probado (séptimo) en que se exprese que los hechos a que hace referencia la carta de despido, y de los que se dice la empresa tuvo conocimiento el 17 de agosto de 2015, fueron publicados por el actor en su perfil de **Facebook** el día 10 de agosto de 2015.

Queda, por tanto, modificado el relato fáctico de la sentencia en los términos que resultan de lo expuesto.



SEGUNDO .- En los motivos siguientes tercero, cuarto y quinto, con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia la demandada lo siguiente: 1) la infracción, por errónea aplicación, del artículo 20 de la Constitución Española, a través dice de un inadecuado juicio de ponderación constitucional de los derechos en conflicto efectuado por el Juzgador de instancia; 2) la infracción de la jurisprudencia sobre la colisión de los derechos enfrentados de "libertad de expresión e información" y "derecho al honor"; 3) la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, por remisión de lo previsto en el apartado j) del punto 3 "Faltas muy graves" del artículo 11 del Acuerdo Marco Estatal del Sector de Limpieza de Edificios y Locales (código de Convenio nº 9915625).

Según declaró el Tribunal Constitucional en la STC 23/2010, de 27 de abril (FJ 3), la libertad de expresión comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. En el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, "aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público" (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 10; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; y 181/2006, de 19 de junio FJ 5. Así, "el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de 'pensamientos, ideas y opiniones', sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas" (STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6 y jurisprudencia allí citada). Sin embargo, la Constitución no reconoce en modo alguno un pretendido derecho al insulto, de modo que no cabe utilizar, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente protegida, expresiones "formalmente injuriosas" (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 5; y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3), o "absolutamente vejatorias" (SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; es decir, quedan proscritas "aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate" (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 5 y jurisprudencia allí citada).

El artículo 20 CE proclama la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, no la de insultos ni calificativos degradantes, sin que pueda disculpar la utilización de expresiones ofensivas [llama a quienes dirigen la empresa «insensibles víboras mentirosas, descorazonadas, presas del enchufismo, el amiguismo, el corporativismo»], utilizando un lenguaje, que estará tolerado en las conversaciones amistosas, pero no empleado con afán de zaherir, ofender y desprestigiar a quienes se dirigen o refieren (STS 04/05/88 [RJ 1988, 3549]). De hecho, los límites de la libertad de expresión deben determinarse en función del análisis de las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios en que aquéllas se producen, de modo que, sólo resulten sancionables las conductas que impliquen un exceso en el ejercicio de aquel derecho y lo sean en proporción a la entidad del mismo (SSTS 06/03/86 [RJ 1986, 1211] ; y 13/11/86 [RJ 1986, 6336])".

En el presente caso se han excedido los límites de la libertad de expresión que al igual que la libertad de información ha de ponderarse con el respeto a la dignidad y el honor de quienes integran la empresa también amparados constitucionalmente como se ha dicho, dado que, los comentarios ofensivos y difamatorios con graves insultos y descalificaciones hacia los directivos de la empresa y compañeros de trabajo del actor se han vertido por él a través de su perfil de **Facebook**, provocando una rápida y extensa difusión de los mismos, que merece la calificación de falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza subsumible en el artículo 54.2.d) del ET, en virtud de la remisión establecida en el apartado j) del punto 3 (Faltas muy graves) del artículo 11 del Acuerdo Marco Estatal del sector de Limpieza de Edificios y Locales –aplicable de conformidad con lo establecido en la cláusula novena del contrato de trabajo que ligaba a las partes, obrante al documento nº 1 de los aportados por el actor– que califica como incumplimiento grave y culpable del trabajador la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

"La transgresión de la buena fe contractual se fundamenta en el hecho de que el trabajador ha de cumplir con las obligaciones inherentes a su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe, artículos 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, constituyendo la transgresión una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución del contrato, siendo la buena fe consustancial al contrato de trabajo generando derechos y obligaciones recíprocos que se traducen en una exigencia e comportamiento ético acorde a una serie de valores como la lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, que limitan o condicionan el cumplimiento del contrato de trabajo.

La esencia del incumplimiento no está en la causación de un daño, sino en la vulneración de los anteriores valores, por lo que la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa no enerva la transgresión, para cuya calificación también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza



depositada en el mismo, no siendo tampoco necesario la concurrencia de dolo en la conducta, entendido como conciencia y voluntad en la realización de la conducta infractora, pues basta que los hechos se produzcan de manera culposa, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar cometida la infracción (SSTS de 18 de mayo de 1987 , 30 de octubre de 1989 , 14 de febrero de 1990 y 26 de febrero de 1991).

La transgresión de la buena fe se entiende cometida aunque no se acredite haber causado daños a la empresa, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, y los daños y perjuicios causados son uno de los elementos a tener en cuenta para valorar la gravedad de la falta, pero no el único, pudiendo ponderarse otros como la situación objetiva del riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza, o el efecto pernicioso para la organización productiva (sentencias de 26 de mayo de 1986 y 26 de enero de 1987).

En el presente caso además la actuación del actor supuso una vulneración del Código de Conducta Sarquavítæ –organización a la que pertenece la demandada, proveedora de una amplia oferta de servicios para la Administración Pública especialmente dedicados a facilitar ayuda personalizada a domicilio para personas en situación de riesgo, vulnerabilidad o dependencia- que le fue entregado por la empresa en marzo de 2013 y que declaró conocer y aceptar, comprometiéndose a cumplirlo en su desempeño profesional, que le obligaba a actuar responsablemente en orden a evitar un posible perjuicio en la reputación de la empresa.

Hemos de concluir, por tanto, que la sentencia de instancia incurrió en las infracciones denunciadas, por lo que procede su revocación y la desestimación de la demanda inicial del proceso, declarando procedente el despido del actor y convalidada la extinción de la relación laboral que produjo dicho despido, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cádiz en fecha 18 de diciembre de 2015 , en virtud de demanda en su contra presentada por Marcial ; y, revocando la sentencia impugnada desestimamos la demanda inicial del proceso, declarando procedente el despido del actor y convalidada la extinción de la relación laboral que produjo dicho despido, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Devuélvase a la empresa recurrente el depósito y la consignación efectuados en su día para recurrir.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se advierte a la parte recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos que, si recurre, deberá presentar ante esta Secretaría resguardo acreditativo de haber efectuado el depósito de 600 €, en la cuenta corriente de Depósitos y Consignaciones, núm. 4.052-0000-66-2275-16, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander especificando en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Se advierte asimismo a la parte recurrente que, salvo en el caso de exención legal, deberá adjuntar al escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificante de pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social por la



Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACION.- Sevilla a ocho de junio de 2017

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ