



Roj: **STSJ AS 2941/2018 - ECLI: ES:TSJAS:2018:2941**

Id Cendoj: **33044340012018102190**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2018**

Nº de Recurso: **1682/2018**

Nº de Resolución: **2254/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 02254/2018

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33024 44 4 2018 0000938

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001682 /2018

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000236 /2018

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE: Jaime

ABOGADO: FERNANDO ANGEL DE LA FUENTE

PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDOS: BILFINGER BERGER INDUSTRIAL SERVICES SPAIN SA, FOGASA

ABOGADOS: RICARDO PEREZ SEOANE, LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR: , GRADUADO/A SOCIAL: ,

Sentencia nº 2254/18

En OVIEDO, a veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D^a CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVÍN y D^a MARÍA DE LA ALMUDENA VEIGA VÁZQUEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL



ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION **1682/2018**, formalizado por el Letrado FERNANDO ÁNGEL DE LA FUENTE, en nombre y representación de Jaime, contra la sentencia número 135/2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de GIJÓN en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 236/2018, seguido a instancia de Jaime frente a BILFINGER BERGER INDUSTRIAL SERVICES SPAIN S.A. y FOGASA, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Jaime presentó demanda contra BILFINGER BERGER INDUSTRIAL SERVICES SPAIN S.A. y FOGASA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 135/2018, de fecha once de mayo.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- La parte demandante don Jaime, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, presta servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "Bilfinger Industrial Service Spain, S.A.", con una antigüedad desde el 22 de noviembre de 2013, con la categoría de oficial de primera con un salario de 60,11 euros diarios, realizando su puesto de trabajo en las instalaciones de HIDROCANTÁBRICO sitas en Aboño.

Es de aplicación el Convenio Colectivo de la Industria del Metal del Principio de Asturias.

2º.- El presidente del comité de empresa, en representación de éste, presentó a la dirección de la misma una denuncia el día 5 de marzo de 2018 con el siguiente contenido:

"Que mediante el presente escrito viene a comunicar a la empresa los abusos e insultos xenófobos del que es protagonista Jaime, DNI NUM000, oficial de 12-jefe de equipo, la denuncia se basa en los siguientes hechos:

1º) Que el día 28 de febrero de 2018, sobre las 17,00 horas estando en los vestuarios el trabajador Jose Daniel DNI NUM001 ha sido abordado por el denunciado, en una actitud amenazante, en la cual Jaime profirió insultos como "hijo de puta", "chupa pollas", "enchufado de Luis Enrique", "subnormal" e incluso comentarios e insultos xenófobos como "rumano de mierda vuelve para tu país", "estás robando el trabajo a los españoles".

2º) Cabe destacar que ese día Jose Daniel no estaba bajo las órdenes y dependencia del denunciado, por lo que el motivo de esos insultos no tiene relación con el trabajo.

3º) Que de los hechos denunciados, son testigos varios trabajadores de la empresa, que estaban presentes en el momento de los insultos, y están dispuestos a corroborar lo denunciado en el apartado 2º.

4º) Que no es la primera vez que al que suscribe este escrito le llegan comentarios sobre la actitud racista y xenófoba del denunciado con los trabajadores extranjeros de esta empresa.

5º) Que es competencia de la empresa el poner fin a estos desmanes, como así lo establece el artículo 47 del Convenio Colectivo para la Industria del Metal de Asturias y el régimen interno.

Por lo expuesto:

Solicito de la empresa una respuesta inmediata, para frenar estas actitudes xenófobas y que no se vuelvan a reproducir. De lo contrario este Comité de empresa se verá en la obligación de poner en conocimiento de la autoridad laboral los hechos arriba denunciados"

3º.- En fecha 6 de marzo de 2018 se notifica al actor un escrito del día anterior del Departamento de Recursos Humanos, se le da traslado al actor para que en el plazo de 3 días laborables formule alegaciones al expediente contradictorio abierto, en los siguientes términos:

"Estimado Sr.

El pasado 28.02.2018, sobre las 17.00 horas y mientras se encontraba en compañía de otros trabajadores, en el vestuario del CT Aboño, se dirigió a uno de sus compañeros de trabajo, en concreto a D. Jose Daniel profiriendo insultos y comentarios claramente despectivos como "hijo de puta", "chupa pollas", "rumano de mierda vuelve para tu país", "estás robando el trabajo a los españoles". Las citadas expresiones, de enorme



gravedad, fueron realizadas en tono claramente amenazador, llegando a encararse con el Sr. Jose Daniel en varias ocasiones, hasta que éste optó, finalmente, por abandonar el vestuario en el que se encontraban.

La conducta descrita, reveladora de una actitud xenófoba, y muestra innegable de una gravísima falta de respeto a un compañero de trabajo, carente de cualquier tipo de justificación, constituyen a criterio de la Dirección de la Empresa, una falta muy grave prevista en el artículo 52-j) del Convenio Colectivo del Sector de Metal de Asturias, se decide proceder a la apertura de expediente contradictorio, lo que se le comunica a los efectos oportunos por medio del presente escrito, requiriéndole para que, en el plazo de tres días laborables a contar desde el siguiente a la recepción del presente escrito, formule las alegaciones que considere conveniente, a la vista de las cuales se resolverá lo que se considere oportuno".

4º.- El trabajador presentó escrito de alegaciones en el siguiente sentido:

"Primera.- Que si bien es cierto que el pasado 28 de febrero de 2018, sobre las 17:00, tuvo lugar una conversación con D. Jose Daniel , en presencia de otros compañeros de trabajo, en el vestuario del CT Aboño, pero en cambio no son ciertas las referidas expresiones de las que se me acusan.

En modo alguno, he realizado comentario alguno que pudiera ser constitutivo de una falta de respeto hacia mi compañero, de hecho no he proferido insulto o comentario despectivo alguno, ni he realizado las afirmaciones que se indican en el escrito que impugno, Lo único que se produjo, es una discusión a raíz de un comentario que realizó Don Jose Daniel , sobre las 15:30 horas, en las inmediaciones de la Planta Baja Turbera Grupo II, cuando me encontraba hablando con D. Aurelio y D. Belarmino , los cuales manifestaron su interés en como me encontraba debido al precario estado de salud de mi suegro que actualmente se encuentra ingresado en U.V.I.

Sobre las 17:30 horas, nuevamente me encontré con D. Jose Daniel en los vestuarios, y le pedí explicaciones de por qué había realizado dicho comentario, dirigiéndose en ese momento despectivamente hacia mí y riéndose del comentario realizado por éste. Lo que motivó que le recriminase su actitud, pero en honor a la verdad, desconozco exactamente las palabras que le dijo, pero en modo alguno son veraces las expresiones que aparecen reflejadas en el escrito que pretendo impugnar con las presentes alegaciones.

En las presentes alegaciones no hago referencia a los molestos comentarios realizados por D. Jose Daniel , porque si bien fueron expresiones que tenían la clara intención de molestarte, entiendo que no vienen al caso, pero de ser procedentes las expondré en el momento oportuno, así como otras faltas de respeto habidas con anterioridad hacia mi persona y que nunca me he molestado en denunciar, teniendo como protagonista a D. Jose Daniel .

Segunda.- En modo alguno me he encarado con mi compañero, como refiere el escrito, simplemente le pedí explicaciones de por qué había realizado dicho comentario, terminando la conversación cuando le vine a decir que me dejase tranquilo, que se metiese en sus cosas y que cesara en su actitud.

Destacar que teniendo en cuenta el lugar de los hechos, en los que había una bancada de por medio, era imposible que me llegase a enfrentar al mismo y menos se me hubiese ocurrido enfrentarme al mismo, habida cuenta de la envergadura de D. Jose Daniel .

Tercero.- Desconozco los motivos por los que D. Jose Daniel afirmó que yo había realizado las referidas manifestaciones, pero las mismas son totalmente inciertas, es más durante toda mi trayectoria nunca he tenido un problema en mi puesto de trabajo, desarrollando mi trabajo de forma totalmente profesional, no habiendo nunca faltado al respeto a cualquiera de mis compañeros, y mucho menos haber realizado comentario xenófobo alguno.

Cuarto.- Los hechos ocurridos el pasado 28 de febrero de 2018, no pueden ser considerados como graves, entendiendo que los mismos consistieron en una simple discusión a raíz de haberle pedido explicaciones de por qué había realizado dichas manifestaciones, y dada la respuesta despectiva de éste, le recriminé su actitud, pero repito nuevamente, "sin haber proferido expresión ofensiva y xenófoba alguna, contra el mismo".

Quinto.- Los hechos sucedieron en presencia de otros compañeros de trabajo, que reseño a continuación, a fin de que corroboren las afirmaciones realizadas en el presente escrito de alegaciones: Fausto , Fernando .".

5º.- La empresa remitió al trabajador la siguiente comunicación el doce de marzo:

"Estimado Sr.

Con fecha 06.03.2018 se le dio traslado de apertura de expediente contradictorio en relación a los hechos ocurridos el pasado 28.02.2018 en el CT de Aboño y, en concreto, del incidente protagonizado por Vd. frente al trabajador Jose Daniel , expediente en el cual presentó escrito de alegaciones de fecha 09.03.2018.



Analizado el contenido de sus alegaciones, y contrastados los datos y versiones de los implicados, la Dirección de la empresa considera que los hechos reflejados en la apertura del expediente no han sido desvirtuados y que, por lo tanto, se mantienen inalterados, tal y como se le expresaron.

El pasado 28.02.2018, sobre las 17.00 horas, y mientras se encontraba en compañía de otros trabajadores, en el vestuario del CT Aboño, se dirigió a uno de sus compañeros de trabajo, en concreto a D. Jose Daniel profiriendo insultos y comentarios claramente despectivos como "hijo de puta", "chupa pollas", "rumano de mierda vuelve a tu país", "estás robando el trabajo de los españoles". Las citadas expresiones, de enorme gravedad, fueron realizadas en tono claramente amenazador, llegando a encararse con el Sr. Jose Daniel en varias ocasiones, hasta que éste optó, finalmente, por abandonar el vestuario en el que se encontraban.

Una vez analizados los hechos, y habiéndole dado traslado de los mismo a los efectos del artículo 53 del Convenio Colectivo del Sector del Metal de Asturias, la Dirección de la empresa considera que la conducta descrita es reveladora de una actitud xenófoba, y muestra innegable de una gravísima falta de respeto a un compañero de trabajo, carente de cualquier tipo de justificación, constituyendo una falta muy grave prevista en el artículo 53.j) del Convenio Colectivo del Sector del Metal de Asturias, así como una manifestación de ofensas verbales graves previstas en el artículo 54.2,c) del Estatuto de los Trabajadores, circunstancia por la cual se ha decidido proceder a su DESPIDO DISCIPLINARIO con efectos desde el día de la fecha, 12.03.2018, lo que se le comunica por medio del presente escrito a los efectos oportunos. Atentamente."

6º.- Al terminar la jornada de trabajo el veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, sobre las diecisiete horas, cuando el trabajador de origen rumano don Jose Daniel se encontraba en los vestuarios de la empresa en la CT Aboño fue abordado por el demandante quien comenzó a insultarle violentamente, llamándolo "hijo de puta" y "rumano de mierda", a la par que le conminaba a irse de España y le reprochaba ocupar un puesto de trabajo que correspondía a un español. Los hechos ocurrieron en presencia de otros trabajadores, aproximadamente siete más.

No consta que don Jose Daniel hubiera provocado o agraviado previamente al demandante. En el momento de los hechos el citado no era subordinado del demandante, pero en determinados períodos sí era el superior del que dependía.

7º.- No consta que el demandante hubiera sido sancionado previamente a estos hechos.

8º.- El demandante no es representante de los trabajadores ni ostenta cargo sindical.

9º.- Se celebró acto de conciliación el 12 de abril de dos mil dieciocho, que concluyó con el resultado de intentado sin efecto.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimando la demanda formulada por don Jaime contra la empresa Bilfinger Industrial Service Spain, S.A. debo declarar y declaro la procedencia del despido que le fue notificado al demandante."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Jaime formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 26 de junio de 2018.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 20 de setiembre de 2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia de instancia declara procedente el despido del actor por considerar que los hechos imputados en la carta de despido, cuya realidad declara probada, son constitutivos de la conducta que el Convenio colectivo aplicable contempla con falta muy grave en su artículo 52.j): "Los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración a sus jefes o a sus familiares, así como a sus compañeros/as y subordinados/as". Razona que a la objetiva gravedad de las expresiones proferidas por el actor "se une en este caso que tienen una doble incidencia agravatoria: por un lado, incidía en un trato peyorativo del trabajador por su origen, elemento de discriminación objetivo que agrava la conducta; y, en segundo lugar, procede de una persona que, aun no siendo el mando directo del otro trabajador al momento del hecho, con frecuencia, o al menos en ocasiones, sí desempeñaba aquella función".



Disconforme con la resolución de instancia, la representación letrada del actor formula un único motivo de suplicación, amparado en el artículo 193,c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que denuncia la infracción de los artículos 54.1, 54.2,c) y 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 52,j) del Convenio Colectivo del Sector del Metal de Asturias, así como infracción de la doctrina gradualista establecida por reiterada doctrina jurisprudencial, por considerar que la conducta cometida por el trabajador demandante no merece la sanción máxima de despido aplicada por la empresa.

Para resolver la cuestión jurídica planteada hay que partir necesariamente de que, según se declara probado, "Al terminar la jornada de trabajo el veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, sobre las diecisiete horas, cuando el trabajador de origen rumano don Jose Daniel se encontraba en los vestuarios de la empresa en la CT Aboño fue abordado por el demandante quien comenzó a insultarle violentamente, llamándolo "hijo de puta" y "rumano de mierda", a la par que le conminaba a irse de España y le reprochaba ocupar un puesto de trabajo que correspondía a un español. Los hechos ocurrieron en presencia de otros trabajadores, aproximadamente siete más. No consta que don Jose Daniel hubiera provocado o agraviado previamente al demandante. En el momento de los hechos el citado no era subordinado del demandante, pero en determinados períodos sí era el superior del que dependía" (hecho probado sexto).

Siendo ésta la conducta a valorar resulta forzoso compartir la conclusión judicial combatida en el recurso, pues las expresiones proferidas por el actor son claramente ofensivas y revelan no sólo el ánimo de injuriar y menospreciar al trabajador a quien van dirigidas, sino también el de denigrar su origen rumano, lo que afecta no sólo al derecho fundamental al honor, sino también al derecho a la no discriminación.

Ciertamente, el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las circunstancias de cada caso concreto, por lo que tratándose de la imputación de ofensas verbales ha de atenderse para determinar su alcance disciplinario a las expresiones utilizadas, la ocasión en que éstas se vierten, su proyección dentro del ámbito laboral y a las circunstancias concurrentes en las personas implicadas (SSTS de 28 de febrero de 1990 y 16 de mayo de 1991, entre otras).

En el presente caso, es precisamente el análisis individualizado de todas las circunstancias concurrentes el que lleva a la Juzgadora a calificar como procedente el despido, calificación que debe ser confirmada, pues la conducta del actor reúne los requisitos normativos de gravedad y culpabilidad exigidos por el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, y es merecedora, por su intensidad e intencionalidad, de la sanción impuesta. Supone un frontal e injustificado ataque al honor y dignidad personal de un trabajador, al que insulta, menosprecia y veja en presencia de otros compañeros, sin que se haya acreditado provocación del ofendido, previa discusión laboral o circunstancia alguna que permita minorar o atenuar la gravedad y culpabilidad de tal conducta, lo que diferencia el supuesto aquí enjuiciado de los conocidos en las sentencias que cita el recurso.

Debe recordarse, además, que cuando se trata de ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares, no es preciso que la conducta sea reiterada, sino que basta con una ofensa aislada, que, eso sí, debe valorarse en sí misma y en conjunción con todas las circunstancias que la precedieron o fueron coetáneas (SSTS de 5 de octubre de 1983, 3 de octubre de 1985 y 29 de abril de 1986, entre otras), como ha ocurrido en el presente caso.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Jaime frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón en los autos seguidos a su instancia contra la empresa BILFINGER INDUSTRIAL SERVICES SPAIN, S.A. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre despido y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito

por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro

del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en éstos y en los artículos 230. 4, 5 y 6 misma Ley.



Depósito para recurrir

Conforme al artículo 229 LRJS, todo condenado que no sea trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, junto a ese escrito debe justificar el ingreso del **depósito para recurrir (600 €)**.

Forma de realizar el depósito

a) Ingreso **directamente en el banco**: se hará en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uría nº 1. El nº de cuenta, correspondiente al nº del asunto, se conforma rellenando el campo adecuado con 16 dígitos: 3366 0000 66, seguidos de otros cuatro que indican nº del rollo de Sala (se colocan ceros a su izquierda hasta completar los 4 dígitos); y luego las dos últimas cifras del año del rollo. En el impreso bancario hay indicar en el campo **concepto**: " **37 Social Casación Ley 36-2011**".

b) Ingreso por **transferencia bancaria**: constará el código IBAN del BS: ES55 0049 3569 9200 0500 1274; y el campo **concepto** aludido.

De efectuarse **diversos pagos o ingresos** en la misma cuenta se hará un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

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