

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

Sentencia 1646/2017, de 18 de julio de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 1493/2017

### SUMARIO:

**Potestad disciplinaria. Sanción. Suspensión de empleo y sueldo. Acoso.** Trabajador sancionado por la empresa con la suspensión de empleo y sueldo durante 60 días por realizar actos de hostigamiento contra una compañera con la que había tenido una relación sentimental. El trabajador ha hecho un uso indebido de los instrumentos empresariales, el teléfono, a través del cual ha realizado llamadas, en horario laboral, a otra trabajadora y que han sido denunciadas por el contenido desagradable de los mensajes recibidos. Confirmación de la sanción. Lo más importante es que se debe cumplir con el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción y todo ello sin perjuicio de la facultad de elección entre las sanciones previstas, que es exclusiva del empresario, y todo ello se compagina con el principio de moderación en el ejercicio de la facultad disciplinaria. En este caso estamos ante un incumplimiento grave y trascendente que resulta injustificable y no ha sido sancionado, además, como el máximo aplicable.

### PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 58.2.

XVIII Convenio colectivo general de la industria química, arts. 59.3 y 11, 60.4 y 9 y 61.10 y 17.

### PONENTE:

*Don Juan Carlos Benito Butrón Ochoa.*

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 18 de julio de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, Presidente en funciones, D<sup>a</sup> ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Rogelio contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 7 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 11 de abril de 2017, dictada en proceso sobre impugnación sanción (RPC), y entablado por el citado recurrente frente a AKT PLASTICOS S.L. y FOGASA.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO. - El actor D Rogelio mayor de edad con DNI N<sup>o</sup> NUM000 viene prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa AKT PLASTICOS SL, con categoría de Grupo IV, antigüedad del 13/7/2004, siendo su retribución de 1.318,98 euros.

SEGUNDO. - Con fecha 18/8/2016 se comunica al actor la apertura de un expediente disciplinario dándosele plazo para alegaciones que se verifican por el actor en escrito de fecha 23/8/2016.

TERCERO. - Por carta fechada el 30/8/2016 y notificada al actor mediante burofax entregado el 2/9/2016 se comunica al Sr Rogelio la imposición de una sanción por falta muy grave en base a los siguientes hechos:

Estimado Sr Rogelio ,

Mediante la presente, la Dirección de la Empresa, le comunica el fin de Expediente Contradictorio, de conformidad con lo previsto en el art 79.2A) del Convenio Colectivo Nacional para la Industria Química debido a los hechos que han llegado a conocimiento de la empresa en fecha 12 de Agosto de 2016 a través de un parte de incidente, que ocurrieron el pasado 05 de agosto de 2016 en las instalaciones de la empresa y que le sitúan a Usted como protagonista absoluto de los mismos y cuyo expediente se inició el pasado 18 de agosto de 2016.

El pasado 12 de Agosto de 2016, la empresa recibió un parte de incidente de la Sra. Salvadora , personal del Departamento de Compras de la empresa, en la que se denunciaba una situación vivida con Usted dentro de las instalaciones de la empresa y en el que se ponía de manifiesto un uso indebido de material de la empresa por Usted así como otra serie de conductas recogidas en el régimen de faltas del Convenio de la Industria Química En el parte de incidente, la Sra. Salvadora señala haber recibido desde el teléfono de empresa NUM001 mensajes y llamadas de manera insistente y reiterada el pasado 05 de agosto de 2016. Dicho teléfono pertenece al almacén y la demandante puede probar que las llamadas las realizó Usted Así mismo, la demandante manifiesta haber recibido regalos y cartas en su lugar de trabajo, objetos que dejaba en su cajonera y en su mesa

El 05 de agosto de 2016, Salvadora manifiesta que al llegar a su lugar de trabajo a las 08:00, ella encontró en su cajonera unas gominolas, una foto de su perro y una carta de su parte, obsequios que habían oído colocadas por Usted el día anterior

A las 14:07 de ese mismo 05 de agosto, Salvadora se dirigió a comer a un bar cercano con unos compañeros de trabajo A las 14; 50, Salvadora comenzó a recibir mensajes de texto y llamadas en su teléfono personal, mensajes que se produjeron a las 14:50, 14:51, y en el que se hacían referencia al tratamiento hecho por Salvadora a los regalos recibidos de su parte ese mismo día

Salvadora continuó recibiendo mensajes y llamadas hasta las 20:59 de ese mismo día, en el que se produjo la última llamada a su teléfono personal, A las 20:34 Salvadora consiguió bloquearle las mensajes En ese momento, Salvadora comenzó a recibir llamadas a su teléfono personal desde el teléfono de empresa A las 20:51 recibió un mensaje de texto desde dicho teléfono en tono despectivo y desagradable y con faltas de respeto (mensaje que se encuentra en posesión de la empresa y de la demandante) A las 21:29, tras la insistencia en sus llamadas, Salvadora contestó a la llamada, registro que se encuentra en su teléfono móvil, y le comunicó que si no cesaba le denunciaría. Desde ese momento Usted cesó en su actitud A fecha 09 de agosto Salvadora recibió una carta de su parte en la que Usted se exculpaba de cualquier posible denuncia de parte de Salvadora y en la que se hacía referencia a alguno de los hechos descritos anteriormente La empresa le hace constar que la empresa y la demandante pueden demostrar todos los hechos descritos anteriormente

Usted presta sus servicios en turnos rotativos de Mañana (de 06,00 a 14.00 horas), Tarde (de 14.00 a 22 00 horas) y Noche (de 22 00 a 06 00 horas), y concretamente la semana del 05 de agosto de 2016 , la 31, lo hace en Turno de Tarde, que es el momento en que se han efectuado las llamadas

Con todo lo anterior, nos encontramos en la situación de que Usted, abandonando su actividad laboral y dentro de su horario de trabajo, se ha dedicado a efectuar llamadas, con cargo y con medios de la empresa, a un teléfono particular; y además dichas llamadas han sido denunciadas por otra persona de la empresa; Salvadora , mediante un parte de incidencia por su carácter reiterado, desagradable y por el contenido de los mensajes recibidos

Se le recuerda que usted ha generado esta situación haciendo un mal uso y abuso de los medios propiedad de la empresa puestos a su disposición, de forma única y exclusiva, para el desarrollo de su actividad laboral

Así mismo, se le recuerda que es un hecho probado que se desprende de los hechos narrados anteriormente y demostrados por la demandante, que Usted accede a las Oficinas de la Empresa sin una justificación laboral para ello yen horas en la en las Oficinas no se encuentra nadie, hecho totalmente prohibido por la empresa y todo ello dentro de su horario de trabajo.

La descripción de hechos anteriormente relatados, a los que habrá que añadir aquellos que surjan durante la instrucción del expediente que ahora se inicia, tiene su amparo en los artículos siguientes del Convenio Colectivo Nacional de la Industri Química:

Art. 59. Se consideran faltas leves las siguientes:

3 El abandono del servicio sin causa fundada, aun cuando sea por breve tiempo

11. La utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intraeet, internet, etc) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral

Art. 60 Se considerarán faltas graves las siguientes:

4 Entregarse a juegos o distracciones en las horas de trabajo

9 Realizar, sin el oportuno permiso trabajos particulares durante la jornada, así como emplear herramientas de la empresa para usos propios

Art 61 Se considerarán faltas muy graves las siguientes:

4. El fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar.

10. Los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o la falta grave de respeto y consideración a los jefes, compañeros, subordinados, familiares de cualquiera de ellos o a la propia empresa, incluyendo las realizadas mediante la utilización de cualquier medio

17.. El acoso sexual, identificable por la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal; no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona (...)

Igualmente, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 54 , sobre Despido disciplinario, establece que "1 El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del Trabajador

2 Se considerarán incumplimientos contractuales:

( )

c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

( )

g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa "

Una vez en la fase final de la instrucción del Expediente Contradictorio, volvemos a hacer mención a que los anteriores incumplimientos llevan aparejadas, ex art 63 del precitado Convenio, sanciones que van desde la amonestación verbal, pasando por la suspensión de empleo y sueldo, hasta el despido

La empresa, una vez dada por finalizada la fase de instrucción del expediente y estudiadas con detenimiento las alegaciones presentadas por su parte, y valorada la gravedad de los hechos la empresa ha decidido imponerle una sanción MUY GRAVE de SESENTA DÍAS de SANCION DE EMPLEO Y SUELDO según lo recogido en el XVIII Convenio de la Industria Química, en el que se establece por falta MUY grave sanciones de suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días hasta la rescisión del contrato de trabajo en los supuestos en que la falta fuera calificada de un grado máximo (Artículo 63 ) Los días de aplicación de la sanción se harán efectivas cuando finalice el periodo de IT.

La empresa ha valorado que una actitud como la descrita es inadmisibles en nuestra empresa y no va a permitir se vuelvan a producir conductas como la descrita en sus instalaciones en un futuro Por este motivo, la empresa espera que cese en su actitud y que no vuelva a suceder un hecho como el descrito, y de ser así, se le comunica que la empresa volverá a actuar en consecuencia

En cumplimiento de lo presente en el artículo 62 del citado convenio, Letra A, se comunica la presente y de igual modo, y de forma simultánea se da traslado de esta comunicación a la Representación legal de los trabajadores a los efectos oportunos

CUARTO. - El demandante que había tenido una breve relación sentimental con la Sra Salvadora comenzó a enviarle numerosos mensajes, y wassaps encaminados a intentar normalizar o retomar tal relación a raíz del alejamiento sentimental mostrado por la Sra Salvadora , y que se manifestó de forma mas evidente a partir de un incidente acontecido entre ellos a mediados de mayo de 2016. El actor siguió remitiendo numerosos wasaps y mensajes a la Sra Salvadora , conteniendo recriminaciones sentimentales, insistentes peticiones para quedar para hablar con la Sra Salvadora , etc, a pesar de que esta ya en julio de 2016 le manifestaba su hartazgo por tal situación, siendo que no obstante el actor continuó remitiendole abundantes mensajes de ese cariz, de forma pertinaz a pesar de la negativa de la Sra Salvadora .

En el curso de su obstinado actuar, el día 4/8/2016 el Sr Rogelio , durante su turno de noche, accedió sin autorización a la oficina de la empresa, entonces vacía, con el fin de colocar en la mesa de trabajo de la Sra Salvadora unos regalos ( gominolas, foto de perro y una carta). Al día siguiente fueron encontrados por la Sra Salvadora , que le remitió un mensaje al actor a las 14:49 h, pidiéndole una vez más, que le dejara en paz. El actor hace caso omiso a tal solicitud, continuando con la remisión de numerosos mensajes de texto en los que se volvían a reproducir las recriminaciones amorosas, quejas y requerimientos sentimentales, volviendo la Sra Salvadora nuevamente a pedirle que le dejara en paz. En uno de estos mensajes, el actor llega a llamar "¿el mierdas ese.." a otro compañero de trabajo con el que la Sra Salvadora había salido a comer en grupo .

La Sra Salvadora se siente agobiada por tal situación con lo que decide llamar a la operadora para que se bloquee en su terminal el teléfono personal del actor .

Tras verificarse tal bloqueo, el Sr Rogelio , entonces, sin cejar en su empeño de contactar con la Sra Salvadora , procede a llamarle desde el teléfono de la empresa remitiéndole además dos SMS desde ese teléfono. ( 21:30 h 20:51 20:51 )

QUINTO. - Con fecha 12/8/2016 la trabajadora de la empresa Sra Salvadora , presentó ante esta un parte de incidencias con el siguiente contenido:

Rogelio (almacén) ha estado desde Julio enviando coitnuos mensajes de texto, whatsapp, y llamadas al teléfono privado de Salvadora (tuvieron una relación de 1 mes). Después de que Salvadora bloqueara el número de esta persona, Rogelio empezó a enviar mensajes y hacer llamadas desde el teléfono de la empresa (almacén NUM001 ).

Rogelio comenzó a dejarle regalos y cartas a Salvadora en su mesa y cajonera e incluso a vigilar que hacía con esas cosas

El 5 de Agosto Salvadora recibió el ultimo regalo (unas gominolas, 2 fotos del perro y una carta), al finalizar la jornada laboral e irse a comer al bar de Amorebieta con compañeros de trabajo empieza con continuos mensajes de texto. Rogelio subió a la oficina de Desarrollo donde trabaja Salvadora y rebuscó en la papelera personal para saber que había hecho con los regalos, donde encontró el plástico y se volvió loco, siguió con los mensajes faltando al respeto y amenazando a sus compañeros (con los que había ido a comer). Salvadora llamó a Movistar para bloquear el número de esta persona pero no lo consigue. Después al irse a casa siguió molestándole y Salvadora consiguió bloquearle. Más tarde comenzó con llamadas desde el teléfono de almacén aunque no obtuvo respuesta, envió un mensaje y siguió con las llamadas al no tener respuesta.

Salvadora finalmente descolgó y amenazó con denunciarle.

El martes 9 de Agosto, Rogelio le envió a Salvadora un email al correo electrónico del trabajo ( DIRECCION000 ) con dos archivos adjuntos, uno de ellos era el contrato de su móvil y el otro un escrito donde explica que había realizado llamadas y demás pero no eran acosadoras.

De este día en adelante Rogelio no ha vuelto a molestar a Salvadora .

SEXTO. - El actor causó baja el 8/8/2016.

SEPTIMO. - El actor no ha ostentado cargo representativo de los trabajadores.

OCTAVO. - Con fecha 28/9/2016 se presentó papeleta de conciliación previa, celebrándose acto de conciliación sin efecto el 17/10/2016"

## **Segundo.**

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Desestimo la demanda interpuesta por D Rogelio frente a la empresa AKT PLASTICOS SL y FOGASA sobre Sanción por falta muy grave que procede confirmar con desestimación de la demanda rectora absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento."

## **Tercero.**

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

La resolución judicial de instancia ha desestimado la pretensión del trabajador demandante en materia propia de impugnación de sanción por falta muy grave, con suspensión de empleo y sueldo de 60 días, por un

supuesto que se incardina en la tipificación que reflejan los arts. 59.3.11 y 60.4.10 y 17 del Convenio Colectivo de la Industria Química, por comportamientos que dicen relación a una actuación de hostigamiento para con una compañera (referencia ruptura sentimental), donde se reconoce la autoría de mensajes, llamadas y whatsapps, a través de teléfono empresarial, a determinadas horas desconsideradas, incluyendo también dentro del conflicto sentimental un acceso indebido a las oficinas de la empresa, así como apreciación de elementos recriminatorios y despreciativos hacia otro compañero de trabajo. La juzgadora de instancia incardina dichas actividades irregulares en una calificación de hostigamiento que encuadra a la perfección con la tipificación del articulado, citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de noviembre de 2016. Previamente ha desestimado la excepción de caducidad alegada por la empresarial, y ha entendido que no hay ningún tipo de indefensión para con el trabajador por cuanto hay un trámite de audiencia y comprobación suficiente dentro del expediente y de las circunstancias que parcialmente han sido reconocidas por el propio trabajador.

Disconforme con la resolución de instancia el trabajador plantea recurso de suplicación articulando hasta tres motivos de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del art. 193 de la LRJS al que se suma un último motivo jurídico según el párrafo c) del mismo artículo y texto que pasamos a analizar.

## **Segundo.**

Los motivos de revisión fáctica esgrimidos al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exigen recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión de la recurrente trabajadora que induce inicialmente a la modificación fáctica del hecho probado tercero al objeto de incluir

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión del trabajador recurrente que induce inicialmente la modificación fáctica del hecho probado segundo, inicialmente basándose en pruebas testificales, para que se deje constancia de irregularidades en el expediente disciplinario, a criterio de la Sala no podrá tener éxito en tanto en cuanto dicha testifical no queda ampara en la revisión fáctica de este medio extraordinario, máxime cuando la temática jurídica de fondo ha sido ya valorada por la juzgadora de instancia confirmando la inexistencia de cualquier tipo de indefensión.

Otro tanto de lo mismo cabe manifestar respecto de la segunda revisión fáctica que pretende modificar, en el hecho probado cuarto, que la relación sentimental era aproximadamente de cuatro meses, sustituyéndola por la que ha sido calificada como breve por la juzgadora de instancia, que deviene a todas luces inoperante e intrascendente, por mucho que el recurrente insista en alguna búsqueda de repercusión para calificar la relación a su contexto.

Finalmente la tercera y última revisión fáctica que pretende incorporar al hecho probado quinto una serie de manifestaciones valorativas respecto del parte de incidencias, duración de la relación, situaciones de entrega de regalos y cartas, que dicen relación todas ellas a circunstancias ya valoradas, devienen totalmente inoperantes en tanto en cuanto pretende el recurrente concernir la problemática a un ámbito personal y privado, alejado del laboral, sin poder evitar la constatación de los elementos evidentemente laborales que trastocan su revisión y que son concernientes tanto al uso del teléfono empresarial, a la entrada en la fábrica a unas determinadas horas u al desprecio a otro compañero de trabajo.

Por lo manifestado procede la íntegra desestimación de la revisión fáctica propuesta, al no darse sino una búsqueda de apreciación subjetiva no trascendente, con instrumentos probatorios inadecuados, que llevan única y

exclusivamente a conjeturas e interpretación valorativas que no demuestran el error en las afirmaciones judiciales de instancia.

### **Tercero.**

En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos el trabajador recurrente denuncia, en su único motivo jurídico, la infracción del principio de proporcionalidad y gravedad, haciendo mención a su antigüedad y a la no existencia de antecedentes, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1981 e insistiendo en su argumentación de instancia de ser hechos ajenos al ámbito laboral y propios de la esfera privada, sin alusión alguna al articulado referenciado respecto del ámbito disciplinario y sancionador en el Convenio Colectivo de Químicas ya expuesto (arts. 59.3.11 y 60.4.10 y 17 ), la Sala abordará la temática respecto de la sanción impuesta correspondiente al suceso de hostigamiento expresado en la instancia, ante la ausencia de una revisión fáctica posible.

Y es que el trabajador por cuenta ajena presta sus servicios en el ámbito de organización y dirección de un empleador debiendo en tales relaciones laborales cumplir las órdenes e instrucciones que se producen en el ejercicio regular de la facultad de dirección, pues ésta puede sancionar cualesquiera incumplimientos laborales de aquellos que sean considerados trabajadores en los términos del Estatuto. Por ello quedan fuera de su tratamiento las sanciones que puedan tomar la Administración o Autoridad Laboral por infracciones que cometa el trabajador o el propio empresario en ámbitos de relaciones laborales, empleo, desempleo, seguridad social o salud. Así las características propias del derecho sancionador del empresario vienen delimitadas por la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales considerando que tal poder disciplinario forma parte de las prerrogativas del empleador para defender la disciplina de la empresa (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1988, Aranzadi 7096) resultando irrenunciable cuando se pueda delegar su ejercicio ( artículo 5.2 del Estatuto de los Trabajadores ). Pero al carecer la norma básica de una clara tipificación de actos y conductas sancionables, a modo y manera de infracciones o faltas, es habitual la remisión a la relación específica que los convenios colectivos o la negociación practican de manera más o menos minuciosa en la clasificación común de leves, graves y muy graves que viene determinada por la actividad del sector y los comportamientos del trabajador. Por ello la tipificación de tales conductas como incumplimientos traerán su consecuencia o correlación en la correspondiente sanción cuya imposición exige la previa y expresa contemplación en la normativa al uso de cada caso bajo el prisma de la valoración del incumplimiento en la graduación correspondiente ( sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 7 de julio de 1994 , Aranzadi 3145 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana de 16 de marzo de 1999 , Aranzadi 1515)

Con todo el poder disciplinario no es ilimitado y debe respetar los principios generales pues su naturaleza punitiva y la consideración del carácter de penas privadas debe basarse en los principios de tipicidad en la falta y legalidad en la sanción, sin que sea posible imponer sanciones distintas a las habidas en disposiciones legales o convenios colectivos ( sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1988 , Aranzadi 8107) debiéndose acreditar no solo la realización de la conducta de acción u omisión sino que tal conducta se encuentra tipificada previamente y es merecedora de la sanción impuesta, donde el criterio de tipicidad de la infracción cometida no debe ser amplio sino estricto dentro del marco de su calificación sin distorsionar con advertencias genéricas. Del mismo modo el principio de singularidad de la sanción denominado principio non bis in idem hace que cualquier incumplimiento laboral una vez sancionado no pueda dar lugar a una sanción posterior ( sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1972 , Aranzadi 5446 y 17 de octubre de 1984 , Aranzadi 5287), a salvo de reincidencias o reiteraciones que pueden servir como agravantes de conductas ( sentencia del Tribunal Supremo 5 de noviembre de 1973 , Aranzadi 4186) o supuestos de imposición no como sanción sino como medida cautelar no perjudicial para el interesado y cuya finalidad es el esclarecimiento de presuntas irregularidades ( sentencia del Tribunal Supremo 15 de diciembre de 1994 , Aranzadi 10707 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de julio de 1997 , Aranzadi 2332).

Debe recordarse que se encuentran prohibidas ciertas sanciones cuales son la reducción de la duración de las vacaciones o la minoración de derechos al descanso y la multa de haber o descuento de la retribución, como bien refleja el párrafo tercero del artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores . Pero lo más importante es que se debe cumplir el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción que está en conexión con la actividad, comportamiento, clasificación y/o graduación de las faltas y sanciones que se realizan por las disposiciones ( sentencia del Tribunal Supremo 27 de septiembre de 1984 , Aranzadi 4478) y todo ello sin perjuicio de la facultad de elección entre las sanciones previstas que es exclusiva del empresario ( sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de junio de 2004 ). Ello se compagina con el principio de moderación en el ejercicio de la facultad disciplinaria, pues la misma debe ejercitarse de forma atemperada, no sorpresiva, presidida por la prudencia en el sentido de no trasvasar la conciencia de generalidad permisiva a un posterior comportamiento de prohibición total. Además el poder sancionatorio ha de ejercitarse de forma regular sin vulnerar los principios de igualdad y no discriminación reconocidos como fundamentales, siendo nulas las sanciones que se impongan por tales motivos ( artículo 115 de la LPL ) no pudiendo idénticos hechos llevar a trato diferenciado a trabajadores autores de los mismos en exigencia de idénticas consecuencias ( sentencia del Tribunal Supremo 13 de octubre de 1983 , Aranzadi 5090) pues como bien recoge el Tribunal Constitucional ( sentencia del Tribunal Constitucional 34/84 , 49/85 , 21/92 ) solo es viable un trato diferenciado o no discriminatorio cuando existan razones objetivas que justifiquen la desigualdad de trato pues sino sería una arbitrariedad no justificable que incluso puede ser apreciada de oficio ( sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1985 , Aranzadi 602). Pero es posible admitir la existencia de sanciones distintas para hechos similares en base a circunstancias personales como son la categoría profesional ( sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de mayo de 1994 , Aranzadi 2293), la antigüedad u otros factores a graduar como son la diferente responsabilidad existente entre los sujetos que la realizan ( sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 9 de febrero de 1999 , Aranzadi 559). Muy importante es aplicar el criterio individualizador en la imposición de las sanciones por análisis de cada conducta en concreto tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho las de su autor, no por simples conjeturas, sospechas o indeterminaciones ( sentencia del Tribunal Constitucional 125/95 y 153/00 ). También es cierto que el principio de presunción de inocencia tiene en el ámbito laboral un alcance específico y restrictivo distinto del habido en el penal y en el administrativo sancionador no hace falta incluir en el juicio laboral la consideración sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador ( sentencia del Tribunal Constitucional 30/92 , 27/93 ).

Sin embargo la exclusión de ese principio de presunción de inocencia en el ámbito laboral no exime al empresario de tener que soportar la carga de la prueba de la imputación que realiza ( sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1994 , Aranzadi 2222) ni siquiera la posterior absolución del trabajador en el orden penal actúa como motivo de revisión de la sentencia laboral, pues la valoración que haga el juez penal de la prueba practicada no impide que el juez social llegue a una consideración de hechos que constituye un incumplimiento contractual dada la independencia de ambos ordenes jurisdiccionales a efectos de la valoración de la prueba, pues ambas operan sobre culpas distintas y no manejan el material probatorio sobre enjuiciamientos de conductas ( sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2002, recurso 25/02 ).

Por último la facultad empresarial de imposición de sanciones se ve limitada por la posibilidad de que el trabajador someta la cuestión al control judicial con los límites propios del procedimiento específico de impugnación de sanciones distintas del despido que aquí analizamos, todo ello bajo unos límites temporales y de procedimiento. Y así en lo que concierne a la imposición o comunicación de faltas de carácter grave se exige una comunicación escrita en la que debe constar la fecha y los hechos que la motivan ( artículo 58.2 del Estatuto de los Trabajadores ) pues esa comunicación de la sanción al igual que ocurre con la conocida carta de despido ( artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores ) se convierte en requisito imprescindible en el ejercicio de la facultad sancionatoria como delimitación de una declaración unilateral de voluntad regular y válidamente emitida cuya recepción efectiva por el destinatario produce los efectos jurídicos correspondientes. Los pormenores que han de figurar en tal carta de sanción son no solo los hechos que la motivan sino la fecha en que acaecieron los hechos imputados y en su caso el momento a partir del cual van a generar efectos la sanción.

Es por ello que en nuestro supuesto de autos, y atendiendo a la tipificación enmarcable en el contexto de una actuación de determinado hostigamiento ya relatada e inalterada, fruto de una ruptura sentimental mal llevada, que ha provocado un uso indebido de los instrumentos empresariales (teléfono), acceso a las oficinas indebidamente, incluso mensajes despreciativos hacia un compañero de trabajo, la conclusión de la delimitación de tipificación y prueba efectuada por las contrapartes en el acto de juicio, permite concluir que ni estamos única y exclusivamente en un ámbito personal privado, ni puede tildarse la falta de proporcionalidad o graduación a la sanción impuesta por la empresarial.

Cierto que estamos ante una situación doméstica o privada en la esfera personal inicial pero que trasciende en los comportamientos sancionables del trabajador en su relación laboral expresa, tanto en lugar como en tiempo de trabajo, y para con el desempeño profesional, no solo de su compañera sino para con otro compañero a los que se hace alusión en el relato fáctico e inalterado.

No podemos atender a principios de proporcionalidad en la calificación de la sanción respecto de los hechos cometidos, ni hay criterios que se puedan asumir (por falta de consideración y acreditación) en supuestos de falta de conflictividad anterior o reincidencia, que se quieren basar en pareceres o apreciaciones, más allá de las testificales, que no han podido ser incorporadas y que tampoco alterarían la versión de la imputación y la calificación o graduación de la sanción, que no podemos olvidar se corresponde con 60 días, y no con el máximo aplicable para la actuación de un falta muy grave como la presente (despido) .

Por lo tanto, estamos ante un incumplimiento grave y trascendente, que resulta injustificable o injustificado, culpable, que acercándose a la pauta de mayor gravedad, se traduce en la evidencia de insatisfacción del deber laboral y por ello es exigible la potestad disciplinaria empresarial que reacciona ante una conducta acreditadora de un hostigamiento sancionable.

Por todo lo mencionado procede la íntegra desestimación del recurso del trabajador recurrente en su única fundamentación jurídica.

#### **Cuarto.**

Como quiera que el trabajador recurrente goza del beneficio de justicia gratuita en atención del art. 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

### **FALLAMOS**

Se desestima el recurso de suplicación formulado por Rogelio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao de fecha 11 de abril de 2017 , en los autos 831/16, confirmando la misma. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

#### **ADVERTENCIAS LEGALES.-**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar , al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1493-17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000- 66-1493-17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago



periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

RTSS. CEF