



Roj: **STSJ NA 437/2020 - ECLI: ES:TSJNA:2020:437**

Id Cendoj: **31201340012020100217**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2020**

Nº de Recurso: **194/2020**

Nº de Resolución: **230/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARNEDO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ILMA. SRA. D^a. CARMEN ARNEDO DIEZ

PRESIDENTA

ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO

ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a OCHO DE OCTUBRE del dos mil veinte.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 230/2020

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DON JOSE MARIA IRAIZOZ REAL, en nombre y representación de DON Fulgencio , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 1 de Pamplona/Iruña sobre DESPIDO, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN ARNEDO DIEZ, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de lo Social Nº 1 de Pamplona/Iruña de los de Navarra, se presentó demanda por DON Fulgencio , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia estimando la demanda y condenando a la demandada a mi readmisión y al abono de los salarios de trámite o, a elección de aquélla, a que me abone una indemnización de 33 días por año trabajado, lo que asciende a 10.218,45€.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el/la Letrado de la Administración de Justicia. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO: Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, desestimando la demanda interpuesta por don Fulgencio contra la empresa demandada INVERSIONES ESTRUCTURALES NAVARRA S.L. debo absolver y absuelvo a la empresa de las pretensiones ejercitadas en el escrito de demanda".

CUARTO: En la anterior sentencia se declararon probados:- PRIMERO.- El demandante, don Fulgencio , venía prestando servicios por cuenta de la empresa demandada INVERSIONES ESTRUCTURALES NAVARRA S.L. desde el 22 de abril de 2014, ostentando la categoría de grupo 3 y percibiendo un salario bruto anual de 20.268 €. El demandante comenzó a prestar servicios en virtud de un contrato de trabajo a tiempo completo, de duración determinada, que se convirtió en un contrato por tiempo indefinido el 21 de abril de 2015.-



Antes de prestar servicios para la empresa, entre el 14 de noviembre de 2013 y el 24 de noviembre de 2013 prestó servicios para TID TÉCNICAS INDUSTRIALES DE DECORACIÓN SL puesto a disposición por la empresa SERCOTEM ETT S.L. TID TÉCNICAS INDUSTRIALES DE DECORACIÓN SL forma parte del mismo grupo empresarial que INVERSIONES ESTRUCTURALES NAVARRA, S.L.- La empresa se dedica la actividad de la industria química y el centro de trabajo se encuentra ubicado en Berrioplano (Navarra).- SEGUNDO.- El 23 de julio de 2019 la empresa entregó un escrito al trabajador por el que se le comunicaban unos hechos que podían ser constitutivos de una falta muy grave y le concedió el plazo de tres días para hacer alegaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del convenio colectivo de aplicación.- El demandante presentó escrito de alegaciones y el 29 de julio de 2019 la empresa le comunicó su despido disciplinario, con efectos de esa misma fecha, por la comisión de una falta muy grave prevista en el artículo 65.15 del convenio colectivo de la industria química. La comunicación obra unida a las actuaciones, cuyo contenido se da por reproducido.- La empresa notificó el inicio del expediente y la carta de despido a la representación legal de los trabajadores.- TERCERO.- En la empresa está expresamente prohibida la utilización de los teléfonos móviles durante la jornada laboral. Habitualmente si el encargado observaba a un trabajador utilizando el teléfono móvil le llamaba la atención verbalmente y éste dejaba de utilizarlo.- Entre abril y agosto de 2018 el puesto de encargado fue ocupado por don Íñigo , que llamó la atención al demandante en numerosas ocasiones por el uso del teléfono móvil en la jornada de trabajo.- En agosto de 2018 la empresa nombró encargado a don Leovigildo , que elaboró unas normas escritas de obligado cumplimiento que puso en el tablón de anuncios y en las que se incluye lo siguiente: *Está prohibida la utilización de radios, teléfonos móviles y cualquier aparato no autorizado*. El encargado mantuvo una reunión con los trabajadores y les comunicó verbalmente que estaba prohibido utilizar el teléfono móvil durante el trabajo y que dicha conducta no se iba a tolerar.- Pese a ello, algunos trabajadores, y con especial intensidad el demandante, siguieron haciendo uso del teléfono móvil durante la jornada laboral y fueron advertidos verbalmente por el encargado.- En febrero de 2019 don Leovigildo convocó una nueva reunión con los trabajadores en la que volvió a reiterar la prohibición de usar el teléfono móvil.- Pese a ello, el demandante continuó utilizando el teléfono móvil de forma habitual durante la jornada laboral. El encargado llegó a pensar que le estaba retando y decidió comunicar los hechos a la dirección de la empresa porque no podía controlar la situación.- El día 14 de junio de 2019 la empresa comunicó al trabajador la imposición de la sanción de amonestación por escrito por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 64.14 del convenio colectivo por incumplir la prohibición expresa de utilizar los dispositivos móviles. Se le imputaba que el día 13 de junio, las 9:15 horas, había estado haciendo uso del móvil durante su jornada de trabajo, que el hecho se había repetido los días anteriores 10 y 12 del mismo mes y que había sido recriminado por el encargado don Leovigildo , que le había comunicado reiteradamente que no estaba permitido hacer uso del móvil durante la jornada laboral. El demandante no impugnó la sanción.- El 17 de julio de 2019, a las 12:30 horas, el encargado don Leovigildo salió de su oficina y, cuando se acercó la zona de revisión de piezas en la que se encontraba el demandante, observó que éste se apresuraba a esconder algo que tenía en las manos en una caja de material. Pidió al demandante que se fuera a otra nave a preparar un palet de carga, a lo que el actor accedió contrariado. Cuando el demandante se alejó, el encargado miró en el interior de la caja, en la que no había material pero se encontraba el teléfono móvil del demandante, que cogió y guardó. Al finalizar la jornada, el demandante acudió a la oficina del encargado a reclamar el teléfono. El encargado se lo dio y le dijo que hablarían al día siguiente.- Al día siguiente el encargado habló con el demandante para pedirle explicaciones por lo sucedido y por su actitud en el trabajo. El demandante se quejó de que la empresa le pagaba poco. El encargado le aconsejó que o bien pidiera un aumento de sueldo o bien negociara su salida de la empresa y calculó a cuánto ascendería la indemnización por despido que podría corresponderle. Le propuso que hablara con la dirección de la empresa pero el demandante contestó que él no iba a ir y que fueran ellos a hablar con él.- CUARTO.- Los trabajadores al final de la jornada tienen que calcular las piezas que han revisado para imprimir las pegatinas. Para ello, al final de la jornada laboral, se acercan a un atril en el que hay un ordenador y una calculadora solar y calculan el número de piezas.- A finales del año 2019 ha finalizado en la empresa un proyecto llamado SCANIA.- QUINTO.- El demandante no había sido sancionado con anterioridad a estos hechos.- La empresa ha sancionado a otros trabajadores por el uso del teléfono móvil durante la jornada laboral.- SEXTO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior la representación legal o sindical de los trabajadores.- SÉPTIMO.- Se celebró el acto de conciliación.- OCTAVO.- Con posterioridad al despido, el demandante ha prestado servicios para RANDSTAD EMPLETO ETT SAU en virtud de los contratos que obran unidos a su ramo de prueba, cuyo contenido se da por reproducido

QUINTO: Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante o demandado, se formalizó mediante escrito en el que se consignan tres motivos, el primero al amparo del artículo 193.a) de la Ley 36/2011 LRJS, para que se repongan los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, denunciando la vulneración del derecho fundamental a valerse de todos los medios de prueba; el segundo al amparo del artículo 193.b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para examinar los hechos declarados



probados a la vista de las pruebas practicadas y el tercer motivo amparado en el artículo 193.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de lo dispuesto en el artículo 54.2 ET y de la jurisprudencia que lo desarrolla; y la vulneración de lo previsto en el artículo 94.2 de LJS.

SEXTO: Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la representación letrada de la demandada Sra. Marques Barrena.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido deducida por D. Fulgencio , absolviendo a la empresa Inversiones Estructurales Navarra SL de la pretensión en su contra ejercitada.

Frente a este pronunciamiento se alza en Suplicación la representación Letrada del actor mediante la formulación de tres motivos.

En primer término, por el cauce del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicita la reposición de las actuaciones al estado en que se encontraban en el momento del juicio por vulneración del derecho fundamental a valerse de todos los medios de prueba.

Expone la parte recurrente que habiendo solicitado la práctica de la prueba testifical de D. Pio , encargado en la empresa entre los años 2013 y 2018, y admitida dicha prueba, sin embargo ante su incomparecencia se solicitó la suspensión del acto del juicio, solicitud que fue desestimada. Ante ello se formuló la preceptiva protesta.

Sobre la nulidad de actuaciones por infracción procedimental esencial ha recordado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 9 de marzo de 2015 (Rco. 119/2014) que "El mismo Tribunal Constitucional y esta Sala (entre otras, en sentencias de 30/1/04, Rcod. 3221/02 y de 3/10/06, Rcod. 146/05) han declarado que la nulidad de actuaciones constituye una medida excepcional que debe quedar reservada para casos extremos de una total indefensión, de modo que no basta que se produzca una vulneración de normas procesales sino que es preciso que ello haya determinado una indefensión material a la parte que la invoca, ya que la nulidad no deriva de cualquier infracción o vulneración de normas procesales sino de que esta vulneración le haya producido al interesado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa". En tal sentido es cierto que el recurso de suplicación puede fundarse, ciertamente, en infracción de normas procesales, pero también, que no toda infracción de tal clase es eficaz para ello, pues, de acuerdo con el carácter extraordinario de este recurso, su éxito dependerá no sólo de que el recurrente identifique correctamente la norma procesal quebrantada, que debe ser de las incardinables en el 205 c) -hoy 207 c) LRJS-, es decir que " sea esencial" y que el quebrantamiento afecte a " las normas reguladoras de la sentencia" o " a las que rigen los actos y garantías procesales"; ni de que acredite que, en efecto, se ha producido la infracción alegada. Será preciso además: 1º) que el recurrente haya cumplido con el requisito inexcusable de formular denuncia o petición de subsanación del quebrantamiento alegado, cuando ello sea posible; y 2º) Se haya producido una real indefensión para la parte que alega la infracción".

En el caso enjuiciado cumplida la primera de las exigencias, sin embargo no consideramos que la no práctica de la prueba testifical causase indefensión a la parte actora en cuanto el Sr. Pio fue encargado en la empresa hasta mayo de 2018 y los hechos que se le imputan al actor en la carta de despido son posteriores a dicha fecha, cuando los encargados eran otros, y después de que la prohibición de usar teléfonos móviles se impusiera por escrito y se reiterase en varias ocasiones.

SEGUNDO.- En el motivo de revisión fáctica (apartado b) del artículo 193 de la L.R.J.S.) solicita las siguientes revisiones fácticas:

1º Del hecho probado tercero al objeto de que en el mismo se deje constancia de que aunque en el convenio de la empresa consta expresamente la prohibición de la utilización de los teléfonos móviles en la práctica si se apreciaba su utilización sólo se producía una llamada de atención, sin imposición de sanción alguna.

Sustenta la revisión en la declaración testifical del Sr. Andrés , por lo que el motivo no puede acogerse ya que la citada prueba carece de eficacia a efectos de conseguir alterar el relato fáctico.

2º Del ordinan cuarto para añadir al mismo que el trabajo del demandante consiste en la revisión y retrabajo de piezas de automoción, desechando parte de ellas cuando tienen defectos irreversibles. Así, cuando ha finalizado una caja, debe calcular las piezas introducidas realizando una operación matemática y que dicho cálculo no solo se realiza al final del turno sino cada vez que se completa una caja.



De la misma forma entiende que no habría quedado acreditado que los Sres. Íñigo y Leovigildo hubiesen ocupado en algún momento el puesto de encargados ya que la empresa no aportó la prueba documental que lo justificara.

Sin embargo la primera parte de la revisión propuesta carece de relevancia ya que en modo alguno consta acreditado que para efectuar los cálculos de las piezas se viera obligado a utilizar la calculadora de su móvil, disponiendo en la empresa de una para dicha finalidad.

Y sobre la falta de acreditación de la ocupación por los Sres. Íñigo y Leovigildo de los puestos de encargado basta indicar que, conforme a un criterio jurisprudencial reiterada, la ausencia de prueba (prueba negativa) no puede sustentar la revisión de los hechos probados y menos cuando en el caso acontece que el Juzgador sustenta dicha conclusión fáctica en las declaraciones testimoniales.

3º La adición de un nuevo hecho, que ocuparía el ordinal décimo, donde se declare probado que en el seno de la empresa la utilización del móvil por parte de los trabajadores, aunque advertida, venía siendo tolerada.

Adición, que como sucede con la revisión del hecho probado tercero, se sustenta en las declaraciones testimoniales carentes de eficacia revisoria conforme al apartado b) del artículo 193 de la Ley Adjetiva Laboral.

TERCERO.- Como censuras jurídicas se denuncia infracción del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 94.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, manteniendo que, en todo caso, la sanción de despido resultaría desproporcionada.

Planteados en tales términos la cuestión litigiosa, hemos de indicar que el poder sancionador que la ley otorga al empresario no responde a un principio objetivo sino que por el contrario se encuentra inspirado en el principio de culpabilidad que excluye la mera responsabilidad objetiva a fin de obtener una perfecta correlación entre infracción, infractor y sanción, a través de una tarea individualizadora en el caso enjuiciado. Así el Art. 54 del Estatuto de los Trabajadores se inicia con la indicación de que el incumplimiento contractual que puede determinar la extinción del contrato de trabajo por el empresario ha de ser un incumplimiento culpable y grave.

En atención a este carácter de culpabilidad y también al de gravedad se ha venido aplicando la llamada teoría gradualista en virtud de la cual y por ser la sanción de despido la última por su trascendencia y gravedad de entre todas las que puede imponer el empresario, ha de responder a las exigencias de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, llevando a cabo una tarea individualizadora de la conducta del trabajador a fin de determinar si procede o no mantener la sanción impuesta. Entendiendo que la sanción del despido ha de reservarse para aquellos incumplimientos dotados de una especial significación por su carácter grave, trascendente e injustificado y siempre que la culpabilidad -sea a título de dolo o de negligencia inexcusable- resalte de un modo patente, no cuando resulte atenuada o atemperada en virtud de las circunstancias concurrentes (sentencias Tribunal Supremo (Sala Social) de 28 de marzo de 1985 y 5 de marzo de 1987).

En cuanto a la desobediencia la jurisprudencia parte del principio general que desde el Art. 5 c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores establece que el trabajador tiene como deber básico cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, no pudiendo ser el árbitro de sus propias obligaciones, por lo que ante instrucciones que emanan de la empresa o sus representantes, debe proceder a cumplirlas, salvo los supuestos de órdenes que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, atenten a su dignidad, sean manifiestamente ilegales o abusivos, o concurran circunstancias de peligrosidad; sin perjuicio de que si está disconforme con las condiciones laborales, lleve a cabo la reclamación que tenga por conveniente.

Sin embargo también en materia de desobediencia la jurisprudencia viene aplicando los principios de la teoría gradualista antes explicados y así afirma que no toda desobediencia por parte del trabajador puede surtir los mismos efectos pues esta admite matices y graduaciones debiendo reservarse la máxima sanción para la misma a los incumplimientos que tengan un carácter grave y en los que la culpabilidad del agente se manifieste de una forma patente. En concreto la jurisprudencia tan solo considera merecedora de despido aquella desobediencia que sea grave, culpable, trascendente e injustificada (SSTS 28 de marzo de 1985 , 10 de abril y 7 de julio de 1986 , 29 de enero , 5 marzo , 16 y 25 de junio de 1987 entre otras muchas). Culpable en el sentido de que sea querida conscientemente por el trabajador, dolosa (STS 15/11/88); en cuanto evidencia una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales (STS 29/1/87). Grave en el sentido de que una simple desobediencia, que no encierra ninguna situación exageradamente indisciplinada, no puede merecer un castigo tan riguroso como el despido (SSTS 20/5/87 y 5/3/87). Trascendente por cuanto la falta de perjuicio a la empresa debe ser considerada para evitar la máxima sanción en el orden laboral (SSTS 20/5/87 y 29/1/87). Injustificada en cuanto ha de ser inmotivada, de forma que si existe una causa de justificación, aun



cuando esta sea incompleta, ha de merecer un tratamiento más suave y benigno que el de la imposición de la sanción más grave de las que al trabajador pueden serle impuestas (STS 26/5/87).

En el caso enjuiciado se acredita que el actor, al menos desde abril de 2018, venía incumpliendo de forma reiterada la prohibición de utilizar el teléfono móvil durante el trabajo; que se reiteró la orden por escrito; que fue advertido verbalmente en muchas ocasiones para que se abstuviera de hacerlo, a pesar de lo cual continuó desobedeciendo las órdenes recibidas.

Ello evidencia que la actitud desobediente que se le imputa al trabajador ha supuesto aquí una violación trascendente de sus deberes de conducta y de buena fe, debiendo calificar como legítima la actuación del empresario, resultando acorde con el ordenamiento que estima como infringido. Así, concluimos que la decisión del empleador de dar por extinguida la relación laboral que lo unía con el demandante es ajustada a derecho, ya que los hechos imputados en la carta de despido se encuentran configurados por las notas de gravedad y culpabilidad con la entidad necesaria para ser subsumidos dentro del campo punitivo laboral con tipificación específica en los preceptos legales que quedan invocados, guardando la sanción impuesta por el empresario la debida proporcionalidad con relación a los incumplimientos imputados en la carta de despido, ya que tales hechos denotan, abstractamente considerados, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente.

Por ello procede la desestimación del recurso.

CUARTO.- No procede la condena en costas del recurrente (artículo 235 L.R.J.S. y artículo 2 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita)

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación formulado por la representación Letrada de D. Fulgencio , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° Uno de los de Navarra, en el Procedimiento N° 725/2019, seguido a instancia del recurrente, contra INVERSIONES ESTRUCTURALES NAVARRA SL, sobre DESPIDO, CONFIRMANDO la sentencia recurrida. Sin condena en costas.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.