

## Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 335/2017 de 21 Feb. 2017, Rec. 11/2017

**Ponente:** Martín Morillo, Jesús María.

**Nº de Sentencia:** 335/2017

**Nº de Recurso:** 11/2017

**Jurisdicción:** SOCIAL

Despido disciplinario de encargada de comedor escolar por malos tratos inferidos a niños de corta edad

DESPIDO DISCIPLINARIO. Despido procedente. Malos tratos a menores escolares. La conducta de la trabajadora, encargada de gestionar y dirigir el servicio de comedor, que utiliza una fuerza innecesaria, un trato vejatorio a menor en presencia de los demás niños o permite que traten de mala manera a los menores escolares las monitoras a sus órdenes justifica el despido. PRESCRIPCIÓN. Falta de transcurso del plazo de prescripción largo para sancionar la conducta infractora. Cómputo de los plazos de prescripción.

*El TSJ Principado de Asturias desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón que declaró la procedencia del despido disciplinario.*

### T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

#### OVIEDO

SENTENCIA: 00335/2017

#### 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 2016 0001299

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

#### RSU RECURSO SUPLICACION 0000011 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000300 /2016

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Luz

**ABOGADO/A:** PEDRO GALLINAL GONZALEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** ALPRINSA S.A.

**ABOGADO/A:** ESTHER VICENTE RODRIGUEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**Sentencia nº 335/17**

En OVIEDO, a veintiuno de febrero de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos. Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, 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 0000011 /2017, formalizado por el LETRADO D. PEDRO GALLINAL GONZALEZ, en nombre y representación de Luz , contra la sentencia número 351 /2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de GIJON en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000300/2016, seguidos a instancia de Luz frente a ALPRINSA S.A., siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Luz presentó demanda contra ALPRINSA S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 351/2016, de fecha veintiuno de octubre de dos mil dieciséis .

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

**"1º.-** Presta servicios la actora desde el 13 de septiembre de 2004 para la entidad demandada mediante contrato de carácter fijo discontinuo a razón de 4 horas y media al día, con categoría de Encargada de Comedor en el Colegio Público DIRECCION000 .

Regía la relación laboral según disponía el contrato, el Convenio Colectivo de Hostelería del Principado de Asturias. No obstante, en fecha 22 de marzo de 2016 se publicó el Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva, cuya entrada en vigor se preveía inmediata y con efectos además para el 1 de enero de 2015.

**2º.-** En el mes de marzo de 2016 , el responsable supervisor Sr. Constancio se entrevistó con las trabajadoras a cargo de la actora. Tras superar la inicial reticencia, se reúne con alguna de ellas en fecha 3 de abril de 2016, transmitiéndole lo que constituye en esencia la carta de despido. Redactan seguidamente Doña Enma y Doña Celsa , monitoras subordinadas a la actora, misiva de su puño y letra expresando por escrito lo adelantado en la conversación. Es puesto entonces en conocimiento de la dirección empresarial que inicia una investigación el 20 de abril con el desplazamiento de la dirección de recurso humanos al centro de trabajo y entrevista ese mismo día de las trabajadoras.

Recibe la actora misiva el 27 de abril de 2016 con el siguiente contenido:

" Da. Guillerma

En Gijón, a 27 de abril de 2016

Muy Sra. Nuestra:

Sirva la presente para comunicarle que la Dirección de esta Empresa ha tenido conocimiento de los siguientes HECHOS:

Como usted sobradamente sabe, presta servicios en el comedor del Colegio Público DIRECCION000 de Gijón en calidad de monitora, por lo que su principal cometido es preocuparse que los niños se coman los alimentos, además de deber dispensarle un trato adecuado a su edad y circunstancias personales.

Pues bien el gestor del centro don Constancio detectó durante del mes de marzo de 2016 una serie de irregularidades en la prestación de servicios, por lo que propició mantener una entrevista con varias de las monitoras del centro el pasado 3 de abril de 2016, reuniones fuera del horario del trabajo, así como fuera del centro. Como consecuencia de dichas reuniones el gestor del centro escolar informó a la dirección de recursos humanos.

Con la finalidad de conocer y cerciorarse de la veracidad de los hechos denunciados por el señor Constancio, la jefa de personal de la empresa doña Serafina se desplazó el día 20 de abril de 2016 a Gijón para mantener diversas entrevistas con el personal del centro, incluida usted.

Como consecuencia de dichas reuniones la señora Serafina pudo constatar personalmente los recientes incidentes que habían tenido lugar con los menores y que usted había protagonizado.

Se pudieron constatar las siguientes situaciones, calificables cuanto menos de intolerables:

Ezequiel : es un niño de 5 años come en la mesa de mayores de 8 años, ya que así compartía mesa con su hermano de 12 años. Pues bien estos niños mayores de 8 años animaban a Ezequiel a que realizara gestos y dijera palabras ofensivas a usted con el fin que perdiera los nervios y Ezequiel se llevara una reprimenda. Uno de ellos animó a Ezequiel a que le "sacara un dedo", evidentemente el dedo corazón. Como consecuencia de ello efectivamente perdió los nervios, levantó a Ezequiel y con su mandil lo ató a la puerta, manteniéndolo de pie toda la comida, mientras los demás niños se reían de él. Al final lo soltó, cuando todos habían salido, la comida se la tuvo que comer fría y llorando constantemente.

Tras este incidente Ezequiel se sentó junto con los niños de 5 años, pero solo en un pupitre. En el mes de abril de 2016, cuando el servicio había empezado, Ezequiel se levantó sorpresivamente y tropezó con usted, y casi le tiró la olla que llevaba en las manos. Por ello usted lo cogió por los hombros, lo levantó y lo sentó de golpe en la silla y le gritó "¡Ahora te quedas aquí!". A continuación sacó la comba del armario, y lo ató a la silla sin que el niño pudiera moverse.

Cuando la madre llegó a buscar a Ezequiel, siempre le acompaña hasta dentro del comedor a coger sus cosas, usted le comentó que habían estado "jugando" y que le había atado a una silla pero que era parte del juego, para evitar que su hermano de 12 años alertara a su madre. Como es evidente a la madre se disgustó mucho por la situación.

Leandro : Es un niño que tiene entre 4 y 5 años de edad. Es por todos conocidos que este menor vive con su madre en una casa de acogida ya que es víctima de violencia de género.

Pues bien el miércoles 13 de abril de 2016, la monitora doña Enma ( Eugenia ) fue a buscarlo a clase para traerlo al comedor. Durante todo el trayecto Leandro le estuvo dando patadas a la monitora. Cuando vino el padre a buscarle, Luz le dijo a Leandro que se había portado muy mal y que tenía que pedir perdón a Eugenia ; Leandro se marchó sin pedir perdón.

Al día siguiente, Leandro le levantó el dedo corazón en señal de desprecio a su monitora Eugenia, cuando se le preguntó por qué, dijo que "mi padre me ha dicho que venga con el dedo así, y que sois todas unas estúpidas", Intentaron calmarlo y cambiarle de conversación, pero sacó el dedo de nuevo, en este caso a usted.

Pues bien usted lo cogió y lo dejó en un recoveco cercano a la puerta de la cocina y sin comer. Las monitoras llevaban los platos sucios y el niño lloraba diciendo que tenía hambre. La monitora Eugenia lo cogió para que se sentara a la mesa porque entendía que el castigo había sido suficiente, pero Luz

Luz, encargada del centro, lo impidió y dijo "No, no... se queda aquí!, Guillerma, trae las tijeras de la cocina... este va a aprender!". Tras ello Guillerma le sujetaba el dedo al menor mientras usted abría la tijera amenazándolo con cortárselo. Leandro lloraba y gritaba atemorizado de miedo ante tales amenazas.

Finalmente la monitora Aida, sin que nadie le dijera nada lo sentó a la mesa y sin decir nada a nadie le calentó la comida, ya que dadas las circunstancias especiales de este menor: es posible que sea la única comida que haga en

el día.

Juan Ramón : el 8 de abril de 2016 en el menú había sopa y albóndigas. El mencionado niño no deseaba comerse la sopa. Por lo que usted se inclinó, le cogió la cabeza 'hacia atrás y, mientras le metía cucharada tras cucharada de sopa, el niño lloraba y los demás niños se reían de él, mientras la

monitora le decía "¡Qué comas la puta sopa y las putas albóndigas!". Tanto las formas como el lenguaje utilizado con el menor es inaceptable.

Arsenio : Es un niño sordo, requiere de aparato auditivo. Huérfano de padre y su madre se encuentra en la cárcel. Vive con su abuela. Al inicio del curso no había sitio suficiente en la mesa de 4/5 años y su encargada decidió situarle en la mesa que está bajo su supervisión. Varias monitoras recuerdan que "lloró como un loco". Luz optó por quitarlo y cambiarlo de mesa.

Felicidad : Es una niña marroquí de 4 años, que ya no está en el comedor.

Cuando llegó comía con la mano, no sabía manejar ni la cuchara ni el tenedor. Usted se refería a ella de forma despectiva como "la gocha".

Franco : Niño de 8 años cuya madre ha exigido que se siente con la monitora Celsa , toda vez que cuando estaba con usted el niño tenía pesadillas con el comedor.

Leovigildo : Su madre manifestó que cuando su hijo se enteró que su monitora era usted, se empezó a orinar por las noches.

Todos los hechos anteriormente relatados ponen claramente de manifiesto que usted como máxima monitora dispensa un trato inaceptable y carente de toda compasión con niños de tan corta edad. A más los niños a los que se les dispensaba ese trato denigrante se trataban de niños en situaciones muy precarias por lo que sus padres o tutores en ningún caso se pueden permitir prescindir del servicio de comedor que oferta el colegio público.

Los hechos anteriormente descritos y que le son imputables a usted son constitutivos de:

Una falta muy grave de Fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los trabajadores o cualquiera otra persona al servicio de la empresa o en relación de trabajo con ésta, tipificada en el artículo 40.2 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, en aplicación del artículo 62 del Convenio Colectivo Estatal del sector de Restauración Colectiva.

Una falta muy grave por malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores y público en general., tipificada en el artículo 40.6 del citado acuerdo estatal.

y de una falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual, tipificada en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores .

No obstante lo señalado y confiando en que la conducta referida no vuelva a repetirse la dirección de esta empresa ha decidido sancionarle con UNA SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELDO DE 55 DÍAS, aprovechando la ocasión para comunicarle que la persistencia en dichos comportamientos dará lugar a la adopción de medidas indefectiblemente más severas.

El cumplimiento de la sanción se hará efectivo los días 28 de abril de 2016 al 23 de junio de 2016 (o último día del curso escolar que por calendario usted tiene fijado a día de hoy), ambos inclusive, teniendo en cuenta las necesidades de la organización empresarial.

Rogamos se sirva firmar el duplicado ejemplar a los solos efectos de recibido y enterado".

**3º.-** Por los mismos hechos es sancionada la trabajadora Doña Guillerma .

4º.- Presentó preceptivo intento de conciliación previo resultando sin avenencia."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Desestimo la demanda presentada por DOÑA Luz frente a **ALPRINSA S.A.** absolviéndole de todas las peticiones efectuadas en su contra."

**CUARTO:** Con fecha 31 de octubre de 2016 se dictó Auto, en el sentido de completar la sentencia dictada con fecha

21/10/16 en los siguientes términos:

"-En el Hecho Probado Primero añadir: "fue base de cotización en la nómina del mes anterior al despido la de 783,41 euros".

-En el Hecho Probado Segundo sustituir la carta transcrita por la siguiente:

Dña. Luz .

En Gijón, a 27 de abril de 2016.

Muy Sra. Nuestra:

Mediante la presente carta, que se le hace entrega en su puesto de trabajo, con el ruego de que la firme a los efectos de recibido y enterado, le comunicamos la decisión de la Dirección de esta Empresa de proceder a su despido disciplinario con fecha de efectos hoy; 27 de abril de 2016.

Los hechos que le son imputables y que motivan la presente comunicación de despido disciplinario son los siguientes:

Como usted sobradamente sabe, presta servicios en el comedor del Colegio Público DIRECCION000 de Gijón en calidad de encargada, es decir es la máxima responsable en cuanto a la prestación de un servicio de comedor que esta mercantil dispensa en este centro. Si bien también debe realizar las funciones propias de las monitoras, además de encargarse de realizar pequeños pedidos de productos básicos como sal o aceite y menaje, así como validar los albaranes de pedidos y controlar cuantos y quienes han asistido al comedor. Pues bien el gestor del centro don Constancio detectó durante del mes de marzo de 2016 una serie de irregularidades en la prestación de servicios, por lo que propicio mantener una entrevista con varias de las monitoras del centro el pasado 3 de abril de 2016, reuniones fuera del horario del trabajo, así como fuera del centro. Como consecuencia de dichas reuniones el gestor del centro escolar informó a la dirección de recursos humanos.

Con la finalidad de conocer y cerciorarse de la veracidad de los hechos denunciados por el señor Constancio , la jefa de personal de la empresa doña Serafina se desplazó el 20 de abril de 2016 a Gijón para mantener diversas entrevistas con el personal del centro, incluida usted.

Como con secuencia de dichas reuniones la señora Serafina pudo constatar personalmente los recientes incidentes que habían tenido lugar con los menores y que usted había consentido, además de graves deficiencias en la ejecución del servido, que han llevado a esta mercantil a perder absolutamente la confianza en usted.

En cuanto a la organización de los equipos se constataron las siguientes deficiencias:

Usted como encargada debe estar una hora antes del inicio del servicio para preparar el comedor escolar, es decir colocar el menaje en la mesa, cortar el pan, ir calentando la comida de forma que se encuentre a la temperatura adecuada para ser ingerida cuando las monitoras vayan llegando con los menores.

Pues bien en su caso al menos tres monitores suelen acudir antes de las 14.00 horas, y son ellas quienes montan todo el comedor. A mas usted lejos de colaborar con las monitoras obvia completamente su obligación y que a mas las trabajadoras estaban haciendo fuera de su horario de trabajo.

La responsable de la gestión de las dietas especiales es usted como encargada del comedor. Pues bien esta función también a ha delegado en una monitora, en concreto e doña Enma , que a más fe le impide organizarlo como ella desea cuando la única intención de la señora Enma es evitar equívocos.

Toda encargada de comedor debe tener un grupo de niños asignados, o en todo caso, el de dietas especiales. Usted no tiene ningún niño a su cargo. Todo el tiempo de comedor se lo paso pasando lista, chequear los papeles y con el móvil en la mano. Es decir no realiza ninguna labor propia de monitora cuando esta labor debería ocupar el 80% de su jornada.

Asimismo, usted les ha prohibido a las monitoras que ayuden a la persona que realiza el fregado del menaje, cuando se le venia siempre ayudando y a que si no, no tiene tiempo material para hacerlo. Así como, y a pesar de ser una práctica absolutamente prohibida, invitaba a las monitoras que se llevaran la comida sobrante del comedor.

Por otro lado en cuanto a la prestación de servicios usted ha tomado de forma unilateral, y prescindiendo de las directrices marcadas por la empresa, las siguiente decisiones que sin ningún género de dudas perjudican a la calidad

del servicios ofrecido.

En primer lugar ha decidido cerrar el cuarto de baño del comedor con llave.

En diversas ocasiones los niños han suplicado poder ir al cuarto de baño y usted se lo denegaba, haciéndose en alguna ocasión sus necesidades encima. Cabe recordar en este punto que hay niños comiendo con tan solo 4 y 5 años de edad. A mas con el cierre del baño usted impide que los niños puedan lavarse las manos antes de comer.

Entre sus cometidos se encuentra pedir todo el menaje necesario para poder ejecutar el servicio. Pues bien cuando se han roto tantos vasos como para que cada uno de los menores dispusieran de uno usted en lugar de permitir a las monitoras sustituirlos por alguna de las tazas del desayuno lo prohibia, e incluso prohibia que los niños cogieran su propios botellines, alegando que lo que debian hacer era decírselo a sus padres para que estos consiguieran vasos en el Ayuntamiento. Finalmente los niños que no tuvieron vasos no pudieron beber agua durante la comida.

A más en el periodo de tiempo que media entre que los niños comen y que sus padres los recogen, usted les obliga a salir al patio a todos los niños sin excepción, aún cuando hace mucho frio y ello a pesar que las monitoras le solicitaban que por lo menos les dejara quedarse en el comedor a los niños más pequeños de 5 y 6 años, ya que tienen puzzles y juegos para entretenerse y que en el comedor hay espacio suficiente y una zona de juegos.

Asimismo se ha constatado que usted ha brindado y tolerado que los niños sufran tratos denigrantes, hechos protagonizadas por Guillerma y usted.

Ezequiel : es un niño 5 años come en la mesa de mayores de 8 años, ya que así compartía mesa con su hermano de 12 años. Pues bien estos niños mayores de 8 años animaban a Ezequiel a que realizara gestos y dijera palabras ofensivas a Guillerma con el fin que ésta perdiera los nervios y Ezequiel se llevara una reprimenda. Uno de ellos animó a Ezequiel a que le "sacara un dedo ". Evidentemente el dedo corazón, a Guillerma .

Como consecuencia de ello efectivamente la trabajadora Guillerma perdió los nervios, levanto a Ezequiel y con su mandil lo ató a la puerta, manteniéndolo de pie toda la comida, mientras los demás niños se reían de él. Al final lo soltó cuando todos habían salido, la comida se la tuvo que comer fria y llorando constantemente.

Tras ese incidente Ezequiel se sentó junto con los niños de 5 años, pero solo en un pupitre. En el mes de abril de 2016, cuando el servicio habia empezado, Ezequiel se levantó sorpresivamente y tropezó con Guillerma , a qui por poco se le cae la olla que llevaba en las manos. Por ello Guillerma lo cogió por los hombros, lo levantó y lo sentó de golpe en la silla y le gritó "Ahora te quedas aquí". A mas la señora Guillerma sacó la comida del armario, y lo ató a la silla sin que el niño pudiera moverse.

La señora Guillerma protagonizó estos actos en su presencia, sin que usted hiciera nada por evitarlo. Es más pasados unos minutos usted le pidió a Guillerma que se acercara a su mesa, y estuvieron hablando. Cuando la madre llegó a buscar a Ezequiel siempre le acompaña hasta dentro del comedor a coger sus cosas. Guillerma le comentó que habían estado "jugando" y que le había atado a una silla pero que era parte del juego. Como es, evidente a la madre le disgustó mucho la situación.

Leandro : es un niño que tiene entre 4 y 5 años de edad. Es por todos conocido que este menor vive con su madre en una casa de acogida ya que es victima de violencia de género.

Pues bien el miércoles 13 de abril de 2016, la monitora doña Enma ( Eugenia ) fue a buscarlo a clase para traerlo al comedor. Durante todo el trayecto Leandro le estuvo dando patadas a la monitora. Cuando vino el padre a buscarle, Luz le dijo a Leandro que se había portado muy mal y que tenía que pedir perdón a Eugenia , Leandro se marchó sin pedir perdón. El padre, en este acto no abrió la boca.

Al día siguiente, Leandro le levantó el dedo corazón en señal de desprecio a su monitora Eugenia cuando se le preguntó por qué, dijo que "mi padre me ha dicho que venga con el dedo así, y que sois todas unas estúpidas". Intentaron calmarlo y cambiarle de conversación pero sacó el dedo de nuevo, en este caso a Guillerma .

Pues bien ésta lo cogió y lo dejo en un recoveco cercano a la puerta de la cocina y sin comer. Las monitoras llevaban los platos sucios y el niño lloraba diciendo que tenía hambre. La monitora Valentina lo cogió para que se sentara en la mesa porque entendía que el castigo había sido suficiente pero usted lo impidió y dijo "No, no...se queda aquí". Guillerma , trae las tijeras de la cocina...este va a aprender". Tras ello usted le sujetó el dedo al menor mientras Guillerma abria la tijera amenazándolo con cortárselo.

Leandro lloraba y gritaba, atemorizado de miedo ante tales amenazas.

Finalmente la monitora Aida , sin que nadie le dijera nada lo sentó a la mesa y sin decir nada a nadie le calentó la comida, ya que dadas las circunstancias especiales de este menor es posible que sea la única comida que haga en el día.

Juan Ramón : el 8 de abril de 2016 en el menú había sopa y albóndigas. El mencionado niño no deseaba comerse la sopa. La monitora Guillerma se inclinó, le cogió la cabeza hacia atrás y, mientras le metía cucharada tras cucharada de sopa, el niño lloraba y los demás niños se reían de él, mientras la monitora le decía "que comas la puta sopa y las putas albóndigas". Usted a pesar de ser la máxima responsable no le hizo reproche alguno a la trabajadora, alegando de forma incomprensible que desconocía los hechos a pesar de tan sólo existir un comedor.

Todos los hechos anteriormente relatados ponen claramente de manifiesto que usted como máxima responsable del comedor no solo no cumplía sus funciones, sino que además dispensaba y toleraba tratos denigrantes a niños de tan corta edad. A más los niños a los que les dispensaba ese trato denigrante se trataban de niños en situaciones muy precarias por lo que sus padres o tutores en ningún caso se pueden permitir prescindir del servicio de comedor que oferta el colegio público.

Los hechos anteriormente descritos y que le son imputables a usted son constitutivos de:

Una falta muy grave de Fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los trabajadores o cualquiera otra persona al servicio de la empresa o en relación de trabajo con ésta, tipificada en el artículo 40.2 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, en aplicación del artículo 62 del Convenio Colectivo Estatal del sector de Restauración Colectiva.

Una falta muy grave. Los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respecto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores y público en general, tipificada en el artículo 40.5 del citado acuerdo estatal.

Y de una falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual tipificada en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores .

Por todo lo expuesto, y dada la comisión por usted de dos faltas muy graves que por su trascendencia no puede conllevar más que a la absoluta pérdida de confianza en usted, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.C del citado Convenio, procedemos a sancionarle con su despido disciplinario de ALPRINSA SA con efectos de hoy 27 de abril 2016.

Rogamos se sirva firmar el duplicado ejemplar a los solos efecto de recibido y enterado".

- En el Fundamento Jurídico Primero, párrafo segundo, tras "se reúne con ellas", añadir "haciéndole participe", manteniéndose el resto de pronunciamientos.

**QUINTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Luz formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**SEXTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 3 de enero de 2017.

**SEPTIMO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 2 de febrero de 2017 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**

**Primero.-** La Sentencia del Juzgado de lo social núm. 4 de Gijón de 21 de octubre de dos mil dieciséis desestimó la demanda formulada por la trabajadora declarando la procedencia del despido acordado por la empresa demandada y, frente a dicha resolución, interpone recurso de Suplicación el demandante desde la doble perspectiva que autoriza el Art. 193 b ) y c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , reguladora de la Jurisdicción Social interesando:

A) la modificación del hecho probado segundo para que se incorpore la carta por la que la empresa acordó imponer una sanción de suspensión de empleo y sueldo a la Sra. Guillerma el día 27 de abril de 2016 en razón de los mismos hechos que aquí se enjuician.

B) En sede de censura jurídica denuncia, en el segundo motivo del recurso, la infracción del Art. 55.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , texto refundido aprobado por RD- Legislativo 2/2015, de 23 de octubre , por insuficiencias de la carta de despido; a continuación alega la prescripción de los hechos imputados y la infracción del Art. 60.2 del propio texto legal y, por último, se invoca la infracción del Art. 54.1 del Estatuto de los Trabajadores , en cuanto a la calificación de la conducta de la parte actora como falta muy grave sancionable con despido, que entiende es desproporcionada a la vista de las circunstancias concurrentes.

**Segundo.-** Hemos de recordar, como cuestión previa, que la prosperabilidad del motivo de suplicación previsto en el apartado b) del Art. 193 de la L.R.J.S . exige:

a) Que la equivocación que se imputa al Juzgador "a quo" resulte patente, sin necesidad de llevar a cabo conjeturas o razonamientos, de documentos o pericias obrantes en los autos que así lo evidencien.

b) Que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisora.

c) Que los resultados postulados, aún deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del Juez de instancia, a quien la ley reserva la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes.

d) Finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar el motivo de suplicación acogido al apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Pues bien en el presente caso no se ve la utilidad de la modificación propuesta, pues ni los hechos imputados en una y otra carta son los mismos -la carta remitida a la Sra. Guillerma ya se reproduce por error en la redacción original de la resolución impugnada -, ni la actora desempeñaba un puesto análogo al de la Sra. Guillerma , sino que ostentaba la condición de encargada. Ello aparte de que el Art. 58 del Estatuto de los Trabajadores regula como una facultad, no como una obligación, el ejercicio del poder disciplinario por el empresario, siendo claro que, dentro de las posibilidades que el ofrece el convenio, le corresponde elegir la sanción más adecuada a la infracción cometida de suerte que, como señala la STS de 13 de noviembre de 2000 , "corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones", así como que "si el Juez no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la gravedad de la falta, declara que ha de imponerse un correctivo distinto, está realizando un juicio de valor que descalifica, mas que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasa la potestad revisora que las leyes conceden al Juez".

**Tercero.-** Por lo que se refiere a la suficiencia de la carta, hay que recordar que la carta de despido tiene por objeto compensar el hecho de que el empresario puede resolver unilateralmente el contrato de trabajo sin necesidad de acudir a una demanda judicial, como sería lo habitual en los contratos sinalagmáticos. De esta forma, para permitir la defensa procesal del trabajador, es preciso que la carta haga una descripción suficiente de los hechos que motivan ese despido, aplicándose a la carta de despido los requisitos de suficiencia aplicables a las demandas, puesto que dicha carta cumple, de facto, las funciones de una demanda resolutoria. Como señala la STS de 28 de abril de 1997 , reiterada por otras muchas posteriores -entre ellas, las de 18 de enero de 2000, 30 de septiembre de 2010 ó 12 de marzo de 2013 (rec. 58/2012 ) , la exigencia de suficiencia de la carta de despido ha sido reiteradamente interpretada por esa Sala en el sentido que sintetiza la Sentencia de 3 octubre 1988 , a tenor de la cual "aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos -los incumplimientos que motivan el despido-, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa"; finalidad que no se cumple "cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador".

Pues bien en el presente supuesto no se puede afirmar que en la comunicación entregada a la trabajadora no se concreten con la suficiente precisión los hechos que se la imputan, así por ejemplo, haber atado a Ezequiel a una



silla con la cuerda de la comba para que se estuviera quieto, haber amenazado a Leandro con cortarle con unas tijeras el dedo corazón con el que acababa de hacerle a una monitora un gesto grosero, o haber permitido que la Sra. Guillerma , sujetando con una mano la cabeza, obligara a Juan Ramón a tragarse la sopa metiéndole la cuchara en la boca mientras le decía "que comas la puta sopa y las putas albondingas"...; los hechos imputados eran claros, precisos y concretos y sin duda alguna permitían a la recurrente articular adecuadamente su defensa, como así efectivamente lo hizo presentando unas cartas de las madres de los niños indicados como pliego de descargos y posteriormente proponiéndolas como testigos en el acto del juicio.

**Cuarto.-** Sostiene a continuación el Letrado recurrente que las faltas imputadas a la trabajadora y que se sancionan en la cata de despido de 27 de abril de 2016, estarían prescritas al haber transcurrido el plazo de prescripción largo a que se refiere el Art. 60.2 Estatuto de los Trabajadores . Señala concretamente el precepto legal citado , que las infracciones cometidas por los trabajadores prescribirán, las leves a los diez días, las graves a los veinte días y las muy graves a los sesenta días, a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión, y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

En el presente caso sostiene la juzgadora de instancia que el dies a quo para computar el plazo de prescripción a que se refiere el precepto estatutario ha de ser aquél en que el empresario tuvo cabal conocimiento de la actuación de la trabajadora, esto es, en el mes de abril de 2016, cuando el supervisor Sr. Constancio , después de reunirse con algunas monitoras, informó a recursos humanos de los hechos acontecidos, procediendo la empresa a su investigación.

En concreto se declara probado, y no se combate, que fue el 3 de abril cuando las monitoras se reunieron con el expresado supervisor dándole cuenta de los hechos que aparecen recogidos en la carta de despido del día 27 de abril siguiente. No cabe olvidar en este sentido que es a la persona encargada y responsable directa del comedor escolar a la que se le imputan los hechos aquí cuestionados, por lo que difícilmente puede sostenerse que la empresa pudo haber tenido conocimiento de los mismos por otras vías.

Partiendo de tal estado de cosas, la cuestión que se suscita es si los plazos a que se refiere el Estatuto de los Trabajadores estaban o no agotados en el momento de comunicar la empresa a la actora su voluntad de rescindir el contrato (27 de abril de 2016). Y abordando la interpretación de la materia que nos ocupa, la Sala Cuarta en Sentencia de 23 de mayo de 2013, rec. 2178/2012 vino a señalar que "...el último de estos preceptos contempla, pues, dos plazos de prescripción que han dado lugar a la consolidación de una doctrina jurisprudencial según la cual: a) la fecha en que se inicia el plazo de prescripción se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos; b) se ha de entender que ese conocimiento cabal y exacto lo adquiere la empresa cuando llega a un Órgano de la misma dotado de facultades sancionadoras o inspectoras ( STS de 11 de diciembre de 2005, rec. 3512/2004 ).

Sostiene el alto Tribunal que, en el caso del art. 60.2 E.T ., la regla de partida para el cómputo del plazo largo de prescripción es la de que ésta comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento. Pero existen situaciones en las que no es posible aplicar tal literalidad, como son los casos de las faltas continuadas o de las faltas ocultadas por el propio trabajador prevaleciendo de las facultades otorgadas por su situación personal en la empresa. En este último caso, hemos venido aplicando el criterio de partir del cese de la ocultación ( STS de 15 de julio de 2003 -rec. 3217/2002 ).

En suma, las normas del E.T. parten de la fecha de conocimiento de la empresa para fijar un plazo de 60 días; si bien, dispone que, en todo caso -esto es, aun cuando la empresa no lo conociera en su momento-, la facultad sancionadora disciplinaria prescribe a los 6 meses desde la comisión de la falta; en suma, el plazo de prescripción largo de las faltas muy graves a que se refiere la norma estatutaria, de seis meses desde su comisión, juega como tope máximo de la facultad sancionadora del empresario, conociera éste o no la producción de la infracción, pero una vez que aquél hubiera tomado cabal y pleno conocimiento de tales circunstancias, y siempre que no se hubiera consumado dicho espacio, el plazo de prescripción de las faltas será el corto de cincuenta días, agotado en este con creces al tiempo de comunicar la empresa al trabajador del inicio del expediente disciplinario.

Partiendo de la anterior doctrina hemos de concluir que el motivo ha de ser desestimado, pues la parte recurrente no ha cuestionado en sede de revisión fáctica los datos de los que parte la juzgadora a quo al desestimar la excepción analizada.

**Quinto.-** En el último de los motivos alega el recurrente que, en cualquier caso, aún reputando como ciertos los hechos que se le imputan a su patrocinada, se trataría de hechos puntuales, de los que la actora en muchos casos no es la autora y ni siquiera tuvo intervención en ellos, tal como lo demuestra el apoyo mostrado por muchos padres que llevan sus hijos al comedor a través de las listas de firmas y las cartas que han resultado incorporadas a los autos; pero es que además, sigue diciendo, resulta que a la monitora que resulto ser la autora directa de los hechos la empresa la sancionó con una suspensión de empleo y sueldo de mes y medio y a su patrocinada con el despido, lo que evidencia con mayor razón si cabe la desproporción de la sanción.

Con carácter general, al efectuarse la valoración de la concurrencia de la " gravedad " con relación a las faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado.

Es doctrina unificada que "las infracciones que tipifica el art. 54.2 ET , para erigirse en causa que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente" ( SSTS de 30 de enero de 1981 ; 5 de diciembre de 1988 ; 21 de octubre de 1991 y 2 de abril de 1992 ).

En tales supuestos el Tribunal Supremo ( STS de 16 de mayo de 1991 y 20 de diciembre de 1999 ) aplica la denominada doctrina gradualista, de modo que el enjuiciamiento del despido debe abordarse buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, aplicando un criterio individualizador, que exige un incumplimiento grave para producir el despido disciplinario, de modo que a la hora de realizar en el caso concreto el juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de la conducta han de ponderarse de forma particularizada e individualizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta las distintas circunstancias que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo, lo que implica que hechos iguales puedan ser tratados de forma diferente según las circunstancias tanto subjetivas como objetivas concurrentes, de suerte que solamente cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituya una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido, al tratarse de la sanción más grave de entre las previstas en el ordenamiento jurídico laboral.

En el presente caso, aunque la resolución no contiene una relación precisa de los hechos que considera probados, limitándose en su fundamentación jurídica a dar por ciertos los episodios que atañen a los menores, estos consisten básicamente en:

1º) En el mes de abril de 2016 Ezequiel , un niño de 5 años, se levanto de la silla y tropezó con la Sra. Guillerma , a quien por poco se le cae un pote de sopa que llevaba; la mencionada monitora cogió al menor por los hombros lo levanto y lo sentó de golpe en la silla, atándolo a continuación a la misma con la cuerda de una comba sin que el niño pudiera moverse; todo ello a presencia de la actora, que no hizo nada para evitarlo o corregirlo.

2º) El 14 de abril de 2016, Leandro , un niño de entre 4 y 5 años le levanto en señal de desprecio el dedo corazón a su monitora la Sra. Enma ; y cuando intentaron calmarlo, les contesto "sois todas unas estúpidas", reiterando la grosería en este caso a la Sra. Guillerma . Entonces esta última monitora lo castigo sin comer, poniéndolo en un recoveco a la entrada de la cocina; en un momento determinado, mientras el niño lloraba diciendo que tenía hambre, la actora ordeno a la Sra. Guillerma que fuera a la cocina a buscar unas tijeras a la par que decía "...este va a aprender", y a continuación le sujeto el dedo al niño y la Sra. Guillerma hacia el gesto de ir a cortar el dedo con las tijeras, mientras el menor gritaba aterrizado.

3º) El día 8 de abril de 2016, el niño Juan Ramón se negó a comer al sopa, entonces la Sra. Guillerma se inclino, le levanto la cabeza hacia atrás con una mano y con la otra le metía cucharada tras cucharada de sopa en la boca y,

mientras el menor lloraba y los otros niños se reían, la expresada monitora le repetía "que comas la puta sopa y las putas albóndigas", sin que la actora interviniera ni realizara ningún reproche.

4º) La juzgadora a quo considera asimismo probado que la actora cerraba los aseos, no permitiendo que los menores los utilizaran, ni para lavarse las manos antes de comer ni durante la comida, lo que provocaba que los menores se hicieran sus necesidades encima.

En consecuencia, aplicando los principios de individualidad y proporcionalidad que informan la doctrina gradualista, entendemos que no se trata de un hecho aislado o puntual, sino que en el corto espacio de una semana se relatan hechos que justifican la máxima sanción disciplinaria que es el despido.

En efecto, constituyendo el objeto del presente recurso un despido disciplinario por malos tratos inferidos a niños de corta edad, usuarios de un comedor escolar y a cargo precisamente de la encargada del mismo, tal comportamiento denota una actitud y un proceder de la trabajadora que utiliza una fuerza innecesaria o permiten que traten de mala manera a los escolares las monitoras a sus órdenes, formas claramente censurables puesto que, no solamente se está conculcando el deber de buena fe y el de confianza que se presumen en el contrato de trabajo realizado, sino que evidencia una deslealtad y un abuso en el cuidado debido como el que ha de conducirse con los menores a quienes se presta el servicio de comedor, con el agravante de que tal comportamiento se lleva a cabo en un centro escolar destinado precisamente a la educación de esos mismos niños de corta edad, lo cual comporta que debe existir un concepto mayor de lealtad, honorabilidad y confianza en la prestación del empleado para todas y cada una de las personas que reciben el servicio en el centro de trabajo. La trasgresión de la buena fe contractual y de la confianza se quebrantan desde el momento en que se produce un trato vejatorio a un menor de edad, en presencia de los demás niños, y la única y exclusiva actuación que puede adoptar la empresa que ha de velar por el cuidado y alimentación de los niños que le confían es evidentemente el despido disciplinario.

En suma, valorando conjuntamente las descritas conductas de la trabajadora, la Sala llega a la conclusión de que fueron correctamente calificadas como transgresión de la buena fe contractual, subsumibles en el Art. 40.2 del V acuerdo laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería (ALEH V) en relación con los arts. 54.2 d ) y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores , que califica como falta muy grave "el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como en el trato con los otros trabajadores o trabajadoras o cualquiera otra persona al servicio de la empresa en relación de trabajo con ésta", determinantes de la sanción de despido por el incumplimiento contractual grave y culpable que se desprende de las mismas, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial y de esta Sala, valorando en su calificación, junto con la existencia de culpa, la intensidad de la falta, las circunstancias concurrentes de toda índole y la ocasión en que dicha falta se ha producido, su proyección dentro del ámbito laboral y las personas implicadas; el dato relevante de que la actora era la persona encargada por la empresa para gestionar y dirigir el servicio de comedor, por lo que venía especialmente obligada, no sólo por razón de su trabajo, sino por la edad de las personas que atendía, a tratar a los niños con la máxima corrección y cuidado, inculcándoles unos buenos modales de los que, a lo que parece, ella misma prescindía en su relación personal con los menores.

Procede por tanto desestimar este último motivo y el recurso, y confirmar la sentencia de instancia que declaró la procedencia del despido con las consecuencias legales inherentes a ello.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Luz contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón de fecha 21 de octubre de dos mil dieciséis , dictada en los autos núm. 300/2016, resolviendo la demanda sobre Despido instada contra la empresa "ALPRINSA S.A.", confirmamos la sentencia de instancia íntegramente. Sin costas.

### 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 inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del art. 221 de la LRJS y con los apercebimientos en él contenidos.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Letrado/a 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.