

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, Sentencia de 19 Abr. 2018, Rec. 215/2018

Ponente: Escuadra Bueno, María del Carmen.

Nº de Recurso: 215/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Despedido por acoso laboral a su jefa

DESPIDO DISCIPLINARIO. Procedente despido de un dependiente de estanco que realiza manifestaciones verbales innecesarias a su jefa para que se vista de otra forma. El trabajador alega que estas expresiones están dentro de su libertad de expresión y que fueron proferidas con el único fin de que el negocio fuese bien, teniendo en cuenta que era el hijo de los antiguos titulares del establecimiento. Pero no es así. Son manifestaciones incluso físicas que denotan una clara connotación sexual y que no se refieren al funcionamiento de la empresa, sino al cuidado personal y aspecto físico de la empresaria.

El TSJ Castilla-León desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, y confirma la procedencia del despido disciplinario tal como hizo el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia.

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00676/2018

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 34120 44 4 2017 0000633

RSU RECURSO SUPLICACION 0000215 /2018C

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000315 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Ángel Daniel

ABOGADO/A: ALEJANDRO DOMINGUEZ CLEMENTE

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Manuela

ABOGADO/A: LUIS ANTONIO CALVO ALONSO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Ilmos. Sres. Recurso nº: 215/18 C

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente de la Sala

D. M^a del Carmen Escuadra Bueno

D. Rafael Antonio López Parada/ En Valladolid a diecinueve de abril de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 215 de 2018, interpuesto por DON Ángel Daniel contra sentencia del Juzgado de lo Social núm.1 de PALENCIA (Autos 315/17) de fecha 20 DE NOVIEMBRE DE 2017, dictada en virtud de demanda promovida por DON Ángel Daniel contra DOÑA Manuela sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, ha actuado como Ponente la Ilma. . Sra. Dña. M^a del Carmen Escuadra Bueno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 04.07.2017, se presentó en el Juzgado de lo Social .número 1 de Palencia, demanda formulada por D. Ángel Daniel en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

" **1º.-** El actor D. Ángel Daniel , mayor de edad y con DNI NUM000 ha prestado servicios laborales para la empresa demandada D^a Manuela , mayor de edad y con DNI NUM001 dedicada a la actividad económica del comercio al por menor de tabaco en establecimiento, mediante contrato de trabajo fechado el 15-12-2016 del que destacan, a los fines de este procedimiento, las siguientes cláusulas:

-El trabajador prestará sus servicios como dependiente de 1ª incluido en el grupo profesional de dependiente de 1ª para la realización de las funciones de dependiente... en el centro de trabajo ubicado en Plaza Mayor nº 16 Palencia.

-La jornada de trabajo será a tiempo completo de 40 horas semanales prestadas de lunes a sábado con los descansos establecidos legal o convencionalmente.

La distribución del tiempo de trabajo será de lunes a viernes de 10 a 14 y de 17 a 20:00 y sábados de 10 a 14 horas.

-La duración del presente contrato será indefinida iniciándose la relación laboral con fecha 15-12-2016.

-El trabajador percibirá una retribución total de 1.300,00 € netos mensuales que se distribuirán en los siguientes conceptos salariales: salario base convenio y plus especial.

-En lo no previsto en este contrato se estará a la legislación vigente... y al Convenio Colectivo de Comercio General de Palencia.

2º.- La retribución bruta percibida por el Sr. Ángel Daniel por su trabajo como dependiente de 1ª para D^a Manuela era la siguiente:

- Salario base 1.114,93 €

- Plus especial 477,00 €

1.591,93 €

- P.p. extra 278,73 €

1.870,66 €

2º.1.- En las nóminas figuraba como antigüedad la de 15-12- 2016 y como líquido a percibir 1.299,78 €.

3º.- Mediante el servicio de burofax de correos, el 30-05-2017 a las 18:00:25 horas se remitió por D^a Manuela a D. Ángel Daniel un escrito fechado el 30-05-2017 del siguiente tenor:

"Muy señor mío:

Lamento comunicarle que, con fecha de efectos 31 de mayo de 2017, se procede a extinguir, por causas disciplinarias, el contrato de trabajo que le vincula con la empresa, por los hechos que se relatan a continuación y que se consideran como infracciones muy graves conforme a la normativa laboral.

A.- Desde el mes de diciembre de 2016 usted comenzó a realizar una serie de conductas de carácter verbales y físicas innecesarias, de connotación sexual, que, por su reiteración, han venido creando un ambiente intimidatorio en la titular del estanco.

Desde el mes de enero de 2017 durante la jornada laboral empezó a proferir expresiones a la titular como "te podías arreglar más que ésta es la plaza Mayor" "ponte mechas en el pelo" "ponte tacones" "arréglate las uñas"... y otras desconsideraciones similares.

El día 30 de enero, delante de un comercial, le dio en el culo con un cartón de tabaco, y, el día 3 de febrero de 2017, a primera hora de la mañana, realiza a la empresaria sin su consentimiento un tocamiento con la mano en el culo.

Dada la relación profesional existente entre los padres de trabajador y empresaria, y en virtud de su promesa de no volver a repetir actos similares, no se procedió al despido.

Cesó temporalmente su actitud pero en los meses de abril y mayo de 2017 se vienen reiterando, y con mayor intensidad, los actos de connotación sexual, tanto los verbales como los físicos.

Respecto a los verbales, se repiten de forma reiterada expresiones y comentarios de la misma índole que las arriba referidas, y, el día 13 de mayo de este año, sobre las 12,30, usted, dirigiéndose a la empresaria, comentó "Voy a tardar en dormir la siesta porque tengo un dolor de huevos que los tengo llenos y voy a tener que descargar".

Respecto a los físicos, aprovecha, cuando se cruza con la empresaria en el reducido espacio de trabajo, para rozarle con su mano, de forma intencionada y sibilina, en zonas como la cadera y cerca del pecho, (por ejemplo días 11 y 17 de mayo de 2017).

B.- Desde el mes de enero de 2017, sale de su puesto de trabajo al bar que se encuentra al lado, al menos dos veces al día y todos los días, en horario laboral.

A pesar de las advertencias no ha rectificado su actitud.

El día 17 de mayo de 2017 cerca de las 13 horas se pone a fumar en el almacén (dependencia continua al estanco separada por una puerta tipo vaivén u "oeste"), saliendo el humo al estanco, a pesar de que conoce la prohibición de fumar en el lugar de trabajo y dependencias, y el riesgo que comporta a la empresa por una posible sanción.

Además, en estos dos últimos meses, abril y mayo, se ha negado a retirar las monedas para cambio del establecimiento del Bingo sito en la avenida Manuel Rivera de Palencia, alegando que pesan mucho; se niega a mantener la limpieza en el puesto de trabajo, y se niega a hacer la caja.

C.- El día 15 de mayo de 2017, por la tarde, y ante un representante, con tono despectivo, se dirigió a una cliente con expresiones: "como seas igual de espabilada para todo... no sé yo", molestándole al cliente.

Estos hechos son constitutivos de INFRACCIONES MUY GRAVES, tipificadas en el Estatuto de los Trabajadores:

Los hechos que se narran en el apartado A son constitutivos de la infracción tipificada en el artículo 54.2g: acoso sexual al empresario y 54,2, c- ofensas verbales y físicas a las personas que trabajan en la empresa

Los del apartado B están tipificados en el precepto 54-2-b desobediencia, 54-2-e, disminución continuada en el rendimiento de trabajo.

Y los del apartado C y todos los anteriores también pueden encuadrarse en el artículo 54.2d-transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza.

También están tipificados en el Acuerdo para la sustitución de la Ordenanza de Comercio, BOE 9/4/1996, al que se remite la Disposición Final 2ª del Convenio de Comercio en general para la provincia de Palencia:

Los hechos que se narran en el apartado A en los apartados 10 (/conducta que atenta gravemente al respeto a la intimidad y dignidad mediante la ofensa verbal o física, de carácter sexual); y 9 (falta grave de respeto y consideración al Jefe) del artículo 16 del Acuerdo mencionado.

Los hechos que se describen en el apartado B se tipifica en el artículo 16.4 del Acuerdo como disminución

continuada y voluntaria en el rendimiento normal de su trabajo.

Los hechos del apartado C se encuadran en el 16.8 y 16.3 del Acuerdo: falta de respeto o consideración al público y abuso de confianza con cualquier persona durante el trabajo.

Considerándose los hechos narrados incumplimientos contractuales muy graves se le sanciona con el DESPIDO DISCIPLINARIO, el cual tendrá fecha efectos el día 31 de mayo de 2017.

No existe representante de los trabajadores en la empresa.

No nos consta su afiliación a Sindicato alguno.

Ponemos a su disposición el correspondiente finiquito, interesándole que firme la presente carta como prueba de su recepción y sin perjuicio de que proceda a su impugnación si así lo estima pertinente."

4º.- El demandante ni el 31-05-2017 ni en el año anterior ha ostentado cargo sindical alguno ni de representación de los trabajadores.

5º.- D^a Amalia , madre de D. Ángel Daniel , era la titular de una expendeduría de tabaco sita en la Plaza Mayor de Palencia y en ella trabajaba como autónomo colaborador su hijo D. Ángel Daniel desde el 1-08-1991 obteniendo éste unos ingresos por ello de 2.275,00 €/brutos/mes.

6º.- En fecha no acreditada, se iniciaron entre D. Alberto , padre de D. Ángel Daniel y esposo de D^a Amalia y D. Aurelio , padre de D^a Manuela , conversaciones tendentes a la adquisición por la Sra. Manuela de la expendeduría de tabaco de la que era titular D^a Amalia , siendo ellos quienes negociaron los términos de la compra- venta y como el acuerdo al que ellos llegaron era distinto (sobre todo en cuestiones económicas) a lo que luego iba a figurar en la escritura pública, D. Alberto encargó al Letrado D. Ezequias la confección de un documento privado que fue redactado por dicho abogado siguiendo indicaciones de D. Alberto en los siguientes términos:

"He recibido de DOÑA Manuela , la cantidad de 1.000 Euros (MIL EUROS) en concepto de arras o señal por la transmisión de la Expendeduría de Tabacos nº8, de esta Ciudad de PALENCIA, propiedad de DOÑA Amalia .

El precio total pactado asciende a 325.000 Euros (TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL EUROS), que serán satisfechos a la firma de la Escritura Pública de Transmisión de la Expendeduría.

Todo ello antes del mes de Mayo de 2.016, salvo que a esa fecha no se haya conseguido, por causas no imputables, ni a la compradora, ni a la vendedora, la autorización para la transmisión de la Expendeduría.

En este supuesto, se prorrogará el plazo por el tiempo indispensable para su consecución.

Asimismo, la compradora vendrá obligada a pagar las existencias reales que existan en la Expendeduría y en las máquinas de tabaco, a la fecha de transmisión en Escritura Pública.

El importe total de las mismas, hasta la cantidad de 80.000 Euros, será satisfecho en cantidades iguales y sucesivas de 2.000 Euros cada una, durante cuarenta meses y dentro de los cinco primeros días de cada mes. El exceso sobre los 80.000 Euros, será satisfecho al contado al otorgarse la Escritura Pública de Compraventa.

Igualmente la compradora se compromete y obliga expresamente a contratar, con carácter indefinido, al trabajador, DON Ángel Daniel , con un salario neto mensual de 1.300 Euros. En el supuesto de que se produjera el despido del Sr. Ángel Daniel , y fuera declarado improcedente, le corresponderá una indemnización de 450 días de salario bruto.

Todos los gastos e Impuestos que se devenguen como consecuencia de las transmisiones que en su día se efectuarán, correrán por cuenta de la adquirente.

Asimismo serán por cuenta de la adquirente todos los honorarios que se devenguen por la transmisión, corriendo por su cuenta la tramitación de toda la documentación para darse de alta en la luz, agua, teléfono...

Fdo: Amalia "

6º.1.- D. Alberto indicó expresamente al Letrado Sr. Ezequias que incluyera la cláusula de indemnización en favor de su hijo de 450 días.

6º.2.- Dicho documento carece de fecha y se firmaron manualmente dos originales por D^a Amalia y por D^a Manuela , figurando la fecha 18-10-2016 únicamente en el que posee D^a Amalia .

6º.3.- D. Aurelio con una cinta correctora tapó la cifra de 450 días de ambos contratos y con esta modificación se lo

entregó a D. Alberto quien en su copia lo ha quitado.

7º.- El día 23 de mayo de 2017, a las 21:55 horas y a las 22:24 horas se produjeron dos llamadas con duración 18 minutos y 3 minutos respectivamente desde el teléfono móvil nº NUM002 , cuyo titular es D. Vicente , hermano de la empresaria y siendo el destinatario un hermano del trabajador llamado D. Jose Augusto .

7º.1.- Las citadas llamadas se efectuaron cuando D. Vicente había visto las imágenes de una cámara de vigilancia instalada en el estanco y muy próximas en el tiempo a la denuncia que su hermana iba a hacer en Comisaría.

7º.2.- Desde el despido de D. Ángel Daniel , D. Vicente está con su hermana Dª Manuela en el estanco de la Plaza Mayor trabajando.

8º.- A las 22,42 horas del 23-05-2017 acudió a las dependencias de la Comisaría de Palencia Dª Manuela a fin de presentar denuncia penal frente a D. Ángel Daniel con base en los siguientes hechos:

"Que denuncia los hechos, que se detallan a continuación, ocurridos a las 19:30 horas, del día 23/05/2017, en Estanco Plaza Mayor, 16, de Palencia.

-- Que la compareciente es propietaria del establecimiento reseñado más arriba...

-- Que en el día y sobre la hora indicada cuando se encontraba trabajando un empleado llamado Ángel Daniel de unos 44 años, vive en Husillos, con teléfono número NUM003 , le toco el culo con la mano y también le ha dicho que no se arregla para ir a trabajar, por lo que la declarante le ha recriminado su actitud.

..Que estos hechos se vienen repitiendo con mucha frecuencia desde que esta persona entró a trabajar al estanco, concretamente desde mediados de diciembre y los hechos que quiere denunciar son que esta persona tiene acercamientos físicos innecesarios hacia la declarante además de tocarle con la mano en zonas como la cadera y cerca del pecho.

--Que la declarante en todas las ocasiones le ha expresado enérgicamente que no quiere que se repitan estos actos y si bien cuando se lo recrimina deja de hacerlo una temporada, pasados unos días vuelve a las andadas.

-- Que el primer hecho que tiene constancia es de principios de diciembre del año pasado donde se producían acercamientos innecesarios de connotación sexual, llamándole la atención en ese momento.

Que otro de los hechos más relevantes fue en enero, el día 30, delante de un comercial llamado Roberto de la casa Reig cuando le dio en el culo con un cartón de tabaco.

--Que el día 03 de febrero a las 09:41 horas tiene una grabación en las cámaras de seguridad en las que el empleado suyo le toca con la mano en el culo.

-- Que el día 13 de mayo sobre las 12:30 horas su empleado le comento VOY A TARDAR EN DORMIR LA SIESTA PORQUE TENGO UN DOLOR DE HUEVOS QUE LOS TENGO LLENOS Y VOY A TENER QUE DESCARGAR.

-- Que la declarante le ha llamado la atención para que deponga su actitud, ya que son habituales los tocamientos por parte de su empleado hacia la dicente.

-- Que en varias ocasiones se ha metido con la declarante en su forma de vestir, manifestando frase como TE PODIAS ARREGLAR MAS QUE ESTO ES LA PLAZA MAYOR, PODIAS VENIR CON TACONES, TE PODIAS ARREGLAR LAS UÑAS, DATE MECHAS EN EL PELO, ETC., manifestando la declarante que no se debe de meter con su forma de vestir.

--Que estas manifestaciones, humillantes para la declarante, las ha realizado fuera del quiosco junto a clientes del estanco, llegando a realizarlas delante de su padre y de su hermano.

-- Que todos los hechos han quedado grabados en la cámara de seguridad del citado establecimiento, pudiendo mostrar las imágenes en el momento que le sea requerida."

8º.1.- Tal denuncia ha dado lugar a las D. Previas Procedimiento Abreviado nº 358/2017 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Palencia habiendo prestado declaración en el Juzgado la Sra. Manuela el 17-08-2017 aportando una copia de un informe psicológico realizado a petición suya por Dª Elvira , psicóloga, en fecha 8-09-2017.

9º.- D. Ángel Daniel ha iniciado el 24-05-2017 un proceso de baja laboral con el diagnóstico de "depresión con ansiedad" por enfermedad común según parte médico expedido por el Servicio Público de Salud recogiendo como limitación de la capacidad funcional "nervioso".

10º.- Habitualmente, D. Ángel Daniel trabajaba en tareas de atención al público en compañía de su empresaria Dª Manuela , compartiendo ambos el espacio existentes entre la zona de mostrador y la pared, que es algo estrecha, siendo frecuente que cuando el trabajador coincidía con Dª Manuela le rozara la espalda, a la altura de la cadera o algo más abajo y otras veces, procedía a darle físicamente con un cartón de tabaco, incluso delante del público.

También en varias ocasiones, se dirigía verbalmente el Sr. Ángel Daniel a la Sra. Manuela cuestionando su forma de ir vestida, con expresiones tales como " *te podías arreglar más que ésta es la Plaza Mayor*" "*ponte mechas en el pelo*" "*ponte tacones*" "*arréglate las uñas*"...

11º.- El día 13 de mayo de 2017, sobre las 12,30 horas, D. Ángel Daniel dirigiéndose a la empresaria Dª Manuela le comentó:

"Voy a tardar en dormir la siesta porque tengo un dolor de huevos que los tengo llenos y voy a tener que descargar".

12º.- Cuando el estanco que constituía el centro de trabajo del Sr. Ángel Daniel era propiedad de su madre, D. Ángel Daniel salía a tomar café o a fumar varias veces durante su jornada laboral e incluso fumaba dentro del local en una zona separada de la atención al público.

Tras su contratación por Dª Manuela el Sr. Ángel Daniel seguía haciendo lo mismo no constando oposición expresa de la empresaria.

13º.- No ha quedado acreditado que el Sr. Ángel Daniel en los meses de abril y mayo de 2017, se haya negado a retirar las monedas para cambio del establecimiento del Bingo sito en la Avenida Manuel Rivera de Palencia, negativa que sí se ha producido en alguna ocasión al estar fuera de su horario de trabajo (pasadas las 20,00 horas) y coincidir con días de la semana en que tiene fijado un régimen de visitas respecto de sus hijos menores, al estar divorciado de su esposa (puede estar con sus hijos todas las semanas desde el miércoles a las 20,30 horas hasta el viernes a las 9,30 horas).

No ha quedado acreditado que el actor se niegue ni a mantener la limpieza en el puesto de trabajo, ni a hacer la caja.

14º.- El día 15 de mayo de 2017, por la tarde, y estando presente un representante de tabaco llamado D. Fernando , el trabajador D. Ángel Daniel se dirigió a una cliente con expresiones: "*como seas igual de espabilada para todo... no sé yo*" , no haciendo caso de las llamadas de atención que le hizo su empresaria para que cambiara de actitud.

15º.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el 20 de junio de 2017, el acto se celebró el día 3 de julio de 2017 con el resultado de "*sin avenencia*" , recogándose como manifestaciones de las partes las siguientes:

"La representación de la parte solicitante se afirma y ratifica en la papeleta de conciliación.

Y concedida la palabra a la otra parte, manifiesta que: Se opone al considerar que el despido es procedente existiendo además denuncia penal por los mismos hechos, indicándose que se ha liquidado y finiquitado al trabajador."

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por el demandante, fue impugnado por la demandada. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N.º 1 de PALENCIA se desestima la demanda interpuesta por DON Ángel Daniel , en la que solicitaba la declaración de Improcedencia del despido disciplinario que le fue notificado por la empresa " Manuela ". Dicha calificación fue ampliada a la declaración de nulidad en la vista oral. Frente a dicha sentencia se alza el trabajador demandante, solicitando que se revoque la misma por motivos únicamente de orden jurídico y en el suplico del recurso se solicita únicamente la declaración de improcedencia del despido "*con la indemnización correspondiente de 450 días de salario conforme se había pactado expresamente y subsidiariamente la de 33 días por año trabajado*" .

SEGUNDO.- Sin expresar al amparo de qué letra del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se articula el primer motivo de recurso, se concluye del contenido del mismo que lo es al amparo de la letra c) de dicho precepto, dado que se denuncia por la parte recurrente la infracción de lo establecido en los

artículos 20.1.a) de la Constitución Española en relación con los artículos 4.1.g) y 4.2.h) del Estatuto de los Trabajadores .

Alega el recurrente que ha habido una vulneración del derecho a la libertad de expresión proclamado por el artículo 20.1 de la Constitución Española, lesión de la que dice que sólo puede ser reparada tal como así se suplicaba en el escrito rector de demanda con la declaración de nulidad o subsidiariamente improcedencia. Se remite a la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional en relación a la libertad de expresión de los trabajadores en el marco de la relación laboral y recordando que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, puesto que ni las empresas forman mundos separados ni estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa a que alude el artículo 38 de la Constitución Española legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas deban ser desprovistos de sus derechos fundamentales y libertades públicas. Admite el recurrente que lo dicho no significa que no deba haber límites para la libertad de expresión, porque la relación laboral comporta un complejo de derechos y obligaciones a los que no es ajeno el trabajador, pero sí que deben ser rechazadas las interpretaciones de la norma que se excedan de los límites tolerables en el legítimo ejercicio de la crítica. Se quiere destacar en el recurso que el establecimiento del que ahora es titular la demandada (estanco) ha pertenecido a los padres del recurrente desde hace más de veinte años, y el actor ha trabajado en él "toda su vida" conociendo a la perfección a la clientela y las exigencias culturales y estéticas de la misma, por lo que entiende que no puede desvirtuarse la naturaleza de la manifestación proferida forzándola hasta la máxima gravedad para suponer una causa de despido procedente. Añade que las expresiones que se le imputan las hizo con la única pretensión de beneficiar la imagen de la empresa. Afirma el recurrente que de mantenerse que el despido que le ha sido comunicado es procedente se estaría conculcando un derecho fundamental de libertad de expresión en el ámbito laboral. Continúa diciendo el recurrente que, en los supuestos, como es el caso debatido, de despido de un trabajador por la emisión de determinadas críticas relativas a la imagen de la propia empresa para la cual presta sus servicios, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales que conozcan del caso preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito modulado por el contrato, en todo caso subsistente, de su libertad constitucional, lo que permitirá concluir, tras valorar las concretas circunstancias del caso, si la reacción del empleador que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no puede dejar de calificarse como de nulo, única reparación posible a un derecho fundamental que ha sido ignorado (sentencias del Tribunal Constitucional 88/1985 , 47/1987 , 6 y 166/1988 , 114/1989 y 106/1996) o subsidiariamente improcedente.

A dichas alegaciones se opone la parte recurrida diciendo que, manteniéndose inalterado el hecho probado décimo, ha de concluirse que las expresiones imputadas al actor son machistas y faltas de respeto hacia la empresaria, que no pueden ampararse en la libertad de expresión. A esta conducta une la recurrida los tocamientos y la desobediencia de las órdenes dadas por la misma al actor, como por ejemplo lo referido al trato desconsiderado respecto a una clienta.

Se desestima el anterior motivo de recurso. Se deduce que de los preceptos que se dicen infringidos este motivo de recurso va encaminado esencialmente a defender la nulidad del despido por vulneración de un derecho fundamental (libertad de expresión), si bien en el suplico del recurso solo se solicita la declaración de improcedencia. Es cierto que al final de este motivo, tras mencionar la valoración que de la libertad de expresión en el ámbito laboral hace el Tribunal Constitucional, termina mencionando la calificación del despido como improcedente con carácter subsidiario.

Pues bien, tal como dice la recurrida en su escrito de impugnación, *las expresiones vertidas por el trabajador respecto a su empresaria van más allá del derecho fundamental de libertad de expresión en el ámbito laboral. Las expresiones vertidas por el actor se refieren al cuidado personal y aspecto físico de la empresaria y no al funcionamiento de la empresa, que cuando menos debe calificarse como falta de respeto a la empresaria. Otras manifestaciones del demandante nada tienen que ver con la empresa. Así, en el hecho probado undécimo, se da por acreditado que el actor se dirigió a su empresaria el día 13 de mayo de 2017 diciendo " Voy a tardar en dormir la siesta porque tengo un dolor de huevos que los tengo llenos y voy a tener que descargar "*, lo que va más allá de la

libertad de expresión y que denota una falta de respeto a la empresaria. El hecho de que el negocio que regenta ahora la demandada fuera en su día propiedad de los padres del actor no disminuye la gravedad de su conducta, pues este debió asumir su nueva condición en la empresa, pues si eso se entendiera como una causa para rebajar la gravedad de la conducta estaríamos admitiendo que el actor siguiera comportándose como dueño del negocio.

En consecuencia, este motivo de recurso no puede prosperar, pues no estamos ante el ejercicio de la libertad de expresión, por lo que lo denunciado en el mismo no puede dar lugar a la declaración del despido como nulo o improcedente.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, menciona el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia en relación a la aplicación de la teoría gradualista.

Parte el recurrente de que los hechos que se le imputan en la carta de despido no revisten una gravedad suficiente para motivar y justificar su despido como procedente. Se hace referencia en el recurso a distintas sentencias del Tribunal Supremo y a la interpretación que debe hacerse a la hora de aplicar la teoría gradualista.

Como decíamos al resolver el anterior motivo de recurso, *la conducta del actor respecto a la empresaria excede de lo que podría considerarse una relación cordial entre un trabajador y el empresario, pues a la conducta antes valorada en relación al aspecto físico de la demandada han de añadirse otras manifestaciones*, como la que figura en el hecho probado 11.º y la que figura en el hecho probado 14.º en relación con una cliente, desatendiendo las llamadas de atención de su empresaria para que cambiara de actitud. Además, se han considerado acreditados unos roces a la empresaria, así como darle con un cartón de tabaco, que inciden en la idea de falta de respeto, así como la desobediencia, respecto a la empresaria. Ni la relación cordial ni otros precedentes respecto a la titularidad anterior del negocio, alegados por el recurrente, justifican la conducta de este, que, por otro lado, no ha sido aislada sino que ha dado lugar a varios episodios.

Todo ello nos lleva a considerar que la sentencia de instancia no incurre en la infracción denunciada, ya que la conducta del actor de falta de respeto a la empresaria y desobediencia reviste una gravedad suficiente para que el despido pueda ser calificado como procedente.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación formulado por la representación de DON Ángel Daniel frente a la sentencia dictada en fecha 20 de noviembre de 2017 por el Juzgado de lo Social Número Uno de PALENCIA (autos 315/2017), en virtud de demanda promovida por el referido recurrente contra la empresa "Manuela", sobre DESPIDO. En consecuencia, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS el fallo de instancia.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm. 2031 0000 66 0215 18 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo

acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.